

﴿ الجزء الحادى عشر من ﴾

كِتَابُ الْمَبْسُوطِ لِشَيْخِ الْإِسْلَامِ السَّيِّدِ خَيْرِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي حَنِيْفَةَ

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيبانى * حرر فيها المذهب النعمانى
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافى * للحاكم الشهيد فهو الكافى
أقوى شروحه الذى كالشمس * مبسوط شمس الإمة السرخسى

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جامعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب اللقيطة ﴾

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وغر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطه فالتفلسفة يقولون لا يحل له أن يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لا يحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لا يحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطعم فيها بعد ما يرفعها فكان في رفعها معرضاً نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكةا فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكةا ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويمررها والتزام أداء الأمانة يفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمثل فيه الأمر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يحده نوعان (أحدهما) ما يعلم ان مالكة لا يطلبه كمشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالكة يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده في يده بعد ما جمعه كان له أن يأخذه منه لان الفاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تمليكا من غيره فان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيع لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيع فاذا وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعا لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما ألقاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن أبي يوسف ورحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملصكه لم يزل بالالتقاء والصوف مال متقوم من غير اتصال شيء آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لا يصير مالا متقوماً إلا بالدباغ فإذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه فأما (النوع الثاني) وهو ما يعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال في اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتي به يعتمد قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فاصح عنه فهو كالمقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقله المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقة ويمتلك به ماله خطر والتعريف لا يلا، العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر
وفيما دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفي دون الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر بمنته ويسرة ثم يضعه في كف فقير وشيء من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكننا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فينبى علي غالب رأيه ويعرف القليل الى أن يغلب علي رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فإذا لم يجيء صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها علي . الكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجدته والاف باتصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصديق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فان قيل كيف يضمها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصديق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للائم عنه غير مسقط
لحق محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتقيد بشرط
السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله
أن يضمنه ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته مخمصة في تناول ملك الغير وذلك غير
مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى
جارية بسبعائة درهم أو ثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضي
الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبي فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال
هكذا يصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان أن الملتقط انه أن يتصدق بها بعد التعريف على أن
يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبي فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود
رضي الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون
ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فملوكة
لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها
بمال معين لانه صحح من مذهبه ان النقود لا تمنع في العقد ولو تمنعت فهي مضمونة على
المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه
بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها الى صاحبها ان رضى بصنيعه وإلا فالثمن
دين عليه كما كان وعن أبي سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا مكاتب
فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أدبت
مكاتبتي ثم أتيتها فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام
ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضي الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن
يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين
نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض
للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديناً في ذمة المستقرض يؤمن
فيه التزى بالهلاك وكذلك بالوجود لانه متأكد بعلم القاضى ولهذا كان للقاضى ولاية الاقراض
في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى
القاضى لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدي مكاتبته من ربحها فأذن له عمر
 رضى الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة
 في ذلك لانه أمره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه أمره بذلك لانه كان سبيلها التصديق
 بها بمد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة
 وذكري في الأصل عن سويد بن عقلة قال حجبت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وانا
 من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا
 أن يأخذوه وكنت أحوهم اليه فأخذته فسألت عن ذلك أبي بن كعب فحدثني بالمائة دينار
 التي وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى
 الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى
 فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فمرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته ثم قال
 بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاهها واخططها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع
 بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من
 السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذ سويد لينتفع به
 فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء
 ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي
 قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكنها تقول هذا كان في ذلك
 الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصالح فاذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذه
 ليؤدي الأمانة فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الامين يأخذ الخائن فيكتم من
 صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات
 في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصدوق رضى الله عنه ثم منعن من ذلك في زمن
 عمر رضى الله عنه وكان صواباً وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضى الله عنه دليل لما
 قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بالازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى
 ان المائة دينار لما كانت مالا عظيماً كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث
 سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي رضى الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بمد
 التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز ذلك لأبي رضى الله عنه

وهو كان غنيا وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكننا نقول يحتمل انه لفقره وحاجته لليون عليه فأذن له في الانتفاع وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذك المال لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكلاءها احتياطاً حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن صباح قال وجد رجل لقطة أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها في الموسم فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر وبين الثمن يعني القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفي هذا دليل على انه ينبغي للملتقط أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف في الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف في مجمع الناس في الموضع الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبي اسحاق عن رجل قال وجدت لقطة حين أنفر علي بن أبي طالب رضي الله عنه الناس الى صفين فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتى قدمت على علي رضي الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على صدره وفي رواية قال لي انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدت فان وجدت صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الأجر وان شاء ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أي عرفتها سرّاً وما أظهرت تعريفيها في مجمع الناس فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضي الله عنه حين ضرب يده على صدره وقال ما قال انك سليم القلب تطمع في مال الغير وهذا من دعاية علي رضي الله عنه وقد كان به دعاية كما قال عمر رضي الله عنه حين ذكر علي رضي الله عنه للخلافة أما انه ان ولى هذا الأمر حمل الناس على محبة بيضاء لولا دعاية به وفيه دليل ان التعريف سرّاً لا يكفي بل ينبغي للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر علي رضي الله عنه الرجل به وانه ينبغي أن يعرفها في الموضع الذي وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكي ان بعض العلماء وجد لقطة وكان محتاجاً اليها فقال في نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعته يشهد ذلك فدلوه على وتجنب البئر رجل يرفع شملة وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً . هو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يحجى فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يحجى صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتملك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التملك وأيهما ضمنه لم يرجع على الاخر شيء أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشيء وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصديق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه كما روينا ولما روى عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضي الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصديق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما ثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان في الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعة بدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا في ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملاً لنفسه ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية في الابتداء فكذلك

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فاما حديث علي رضي الله عنه فقد قيل ما وجدته لم يكن لقطه وانما ألقاها ملك ليأخذها علي رضي الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فلهذا تناولوا منه علي ان الصدقة الواجبة كانت لا تحمل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز علي رضي الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهي دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاها فأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبي حتى يقيم البينة عندنا وقل مالك يجبر علي دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق الى وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذى اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتذر علي صاحبها إقامة البينة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولا يمكننا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الى غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكيمية وله أن يتوسع في دفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منه بها كفيلاً نظراً منه لنفسه فلهذا يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الأخذ منه لانه يخفى شخصه فيحتاج فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البينة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يومر بالدفع اليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الآخر لان البينة حجة متعديّة الى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها لذى أقام البينة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الى غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه بأصابعه العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المدفع اذا جاء الى المدفع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لأن المديون إنما يقضي الدين بملك نفسه وإقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير وإقراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وإن صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون إقرار الملتقط ملزماً بإياه الدفع اليه ثم في الوديعة إذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشئ وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما ثبتت الملك لغيره بالبيينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه أن هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به إلى البيينة وإنما يقضي القاضي على المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا إنما يقضي بالضمان على الملتقط بحجة البيينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكماً فإن كانت اللقطة مما لا يبقى إذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها لأن المقصود من التعريف إيصالها إلى صاحبها فتقيد مدة التعريف بالوقت الذي لا يفسد فيه لأن بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في إيصالها إليه وقد بينا أن التصديق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير إلى ذلك إذا خاف أن تفسد العين وإذا وجد شاة أو بئيراً أو بقرة أو حميراً أخبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البيينة أنه لم يرجع عليه عما أنفق لأنه متبرع في الاتفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضي فأما أمر القاضي بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والأمر بالاتفاق من النظر لأنه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فإن رفقها إلى القاضي وأقام البيينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البيينة والأمر بالاتفاق بعدها في اللقطة ثم إنما يأمر بالاتفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لأنه لو أمر بالاتفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

فيمتد فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين
ملكه عليه يحصل فإن لم ينجح صاحبها باع الشاة ونحوها لأن في البيع حفظ المالة عليه بالثمن
وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تمذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ
المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فتؤاجرهم ونفق عليه من أجره لأن بهذا الطريق يتوصل
الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقي له بعد مضي المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض
نظر له فاذا باعها اعطاء القاضى من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لأن
الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضى فيقضى دينه
بماله لأن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضى يمينه على ذلك
فإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة أنها له قضى له بها القاضى وقضى عليه بنفقة الملتقط
فإن قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لأن ملكه في الدابة حتى
وبقى تلك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالة الدابة من هذا الوجه فيجبها كما يجبس
البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط اذا لم يقيم البينة هل يأمر القاضى بالانفاق
أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضى أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرت بالانفاق عليه
لأن في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من
ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط
الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمانة أو عبداً أو صبيّاً حراً اضلاً لفرده على أهله لم يكن في
شئ من ذلك جعل لأنه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الا بقى حكم ثبت نصاً
بخلاف القياس بقول الصحابة رضى الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه
والضال ليس في معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والضال لا يزال
يقرب من صاحبه حتى يجده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن
لأنه يحسن اليه في احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولأنه منم
عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزال اليه نعمة فليسكرها وذلك بالتعويض وأدنى درجات
الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيراً اضلاً أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه
الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال هي
لك أو لاخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لانصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فلما في زماننا لا يأمن واجدها ووصول يد خائنة اليها بدمه ففي اخذها احيائها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضيعها كما قررنا في سائر اللزمات واذا باع اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها اذا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضى بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير أمر القاضى فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له على المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري يخير بين أن يحجز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين باعه غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشتري بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خيىث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء الضمان قلنا لا كذلك بل كما رفعه ليعه بغير أمر القاضى صار ضماناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع نفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضماناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشتري قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وايسر له أن يحجز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد أبى فقد وجب لي الجمل عليك وقال مولى المبد بل هو الضال أو قال أنا أرسلته في حاجة لي فالقول قول المولى لان الراد يدعي لنفسه عليه الجمل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تغيب بالاثبات والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين اخذها قال اخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون في أخذها للرد على المالك مندوب الى ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير
الأخذ بأذن المالك فلا يكون سبباً للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن
لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعمداً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أى ضمان ما أخذ والآخذ مطلقاً
من يكون عاملاً لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى
صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط
ضامن وهند أبى يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق
فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً قال صلى الله عليه وسلم لا تظن بكلمة خرجت من في أخيك
سواً وأنت تجد لها في الخير محملاً والذي يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلقاً فمله
عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه (والثاني) ان صاحبها يدعى عليه سبب
الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما
يقولان كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملاً
لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان أخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن
من الاشهاد فان لم يكن متمكناً من الاشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه
ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثاني أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب
للضمان عليه إلا عند رجوع الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار
فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً للضمان عليه شرعاً فلا يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور
سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك
إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندي شيء فن سمعتموه ينشد لقطة
فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلك فهو مصدق على ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها
بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها
في التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه
فيدعيها لنفسه وبخاصته الى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان في هذا
اختلافاً ظاهراً وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو
وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على وان لم يقل عندي لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندي لقطة برئ من الضمان وان كانت عنده مشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلك قبل أن يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة الى مالكها ورد المقتضوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزماً للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم انها ليست له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انساناً يطلبها دله عليها وقد يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطعم في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه عجزاً أو طمعا في ذلك ردها الى مكانها فهذا لا يضمن شيئاً وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلك وان استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالتعصيب واعادتها الى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مسقطاً للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النوم براً بالاتفاق فزفر رحمه الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذي أخذه وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده في حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطاً للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوباً فلبسه ثم نزع وأعاده الى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قيصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للترزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذ كر هشام عن محمد رحمه الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للترزين فقال يكون أحدهما للختم للترزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان معروفاً بأنه يلبس خاتمين للترزين فهذا يكون استعمالاً منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفاً فتقلده به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فينشد تقلده بهذه اللفظة يكون حفظاً ولا يكون استعمالاً فلا يصير ضامناً لما قال وكذلك الناصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستمير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الناصب ضامن لها فحاجته الى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل خلفها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذي خلفها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلى هذا لو فتح باب الفقص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل ففرت الدابة وجه قول محمد ان الذي حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجد شرط الذهاب إلا أن ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعاً وفي مثله يحال الاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضامناً كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشي في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالماً به كان مضافاً الى الحافر حتى يكون ضامناً وكذلك من شق زق انسان فسال منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المانع فقط فأما علة السيلا ن كونه مائماً ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافاً الى الشرط وعلى هذا لو قطع جبل فتدليل فسقط فعمل القاطع في ازالة المانع فكان ضامناً لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيستط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في إيجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصاب في سير إرساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حضر بثرأ في الطريق فجاء حربي لا أمان له وألقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في إيجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسألة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامداً ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزبلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد أبى فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنوناً حينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعاً فيبقى الاتفاق مضافاً الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضاً لو كان هذا المجنون مقيداً في يد منطلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب وانما ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضى الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعاً له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعاً ومن أزال هذا المانع فهو متعدي فيما صنع فيكون ضامناً واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاه رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لاني لا أدري لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحصان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والمكتقط كفر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يمارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بقطعة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والافراد ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يمارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولاً ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملاً لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسألة الوديمة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أودعني فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديمة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه بإقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً على سرقة الوديمة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان بإقراره لم ي تلف شيئاً على صاحب الوديمة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط. أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئاً لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

كتاب الإباق

وقال الشيخ الامام لأجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الإباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ووداعة في الاعراق يظهر للمبدع عن سيده فرار البصير ماله ضمائر افراده الى مولاه واعادته الى مثواه إحساناً ولتقتان وانما جزاء الاحسان الا الاحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق لمراد في النيام مع ماله من الاجر في العقبى باغاثة اللهفات ومنع المعتدى

عن المدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالسا عند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلنا إن شاء من كل رأس أربعين درهما . وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لم ينكر طهيم اطلاق القول بأنه أصاب أجرا وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله . وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي رضى الله عنه لانه تبرع بمنافهه في رده على مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافهه ولان رد الآبق نهى عن المنكر لان الآبق منكرو والنهى عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلنا ولكننا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضى الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لاحالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لاحالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه ثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضى الله عنه دينار أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه اذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهما فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والأصل أن الصحابة رضى الله عنهم متى اختلفوا في شيء فالحق لا يمدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجع قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في ايجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضى الله عنه في مقداره **﴿فان قيل﴾** كان ينبغي أن يؤخذ بالآقل في المقدار لانه متيقن به **﴿قلنا﴾** انما لم يؤخذ بالآقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالآقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالاكثير على ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسر عمار بن ياسر رضى الله عنه فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير اليه ثم الاخذ بالآقل انما يكون فيما يقولونه بارائهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأى لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحي فاذا انتفى أحدهما هنا تمين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والأخذ بأقوال الصحابة رضى الله عنهم فقد قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل ساج ولا يصيبه كل طالب . وليس في هذا الباب شئ من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كي يرد الناس بمضمهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة في رده وقلما يرغب الناس في التزام ذلك خشية في إيجاب الجمل للراد ترغيب له في رده وإظهار الشكر في المردود عليه لإحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجه على ما روى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجي بالآبق . ولم نأخذ بقوله في هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار اذا أخذه خارجاً من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعمون درهماً فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله في هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قلدوه القضاء وسوغوا له المزاومة مهمهم في الفتوى ألا ترى أنه خالف علياً رضى الله عنه في رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقاً رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهما في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس رضى الله عنهما الى قوله ففرقنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي * ثم الشافعي استحسن برأيه في هذه المسئلة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم عبدي فله كذا فردده أحدكم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ يأباه القياس لان المقدم مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعي رضى الله عنه ولا حجة له في قواه تعالى ولن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً لغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً بأعيانهم فردده أحدكم لا يستحق شيئاً ثم هذا تطبيق استحقاق المال بالخطر وهو قار والتمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراماً في شريعة من قبلنا وان قال اعتبر قول المملك لا ثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة التغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك ﴿فلنا﴾ لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه ما دام بمراى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فمرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت اقصاحاً ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقاً فأبق منه نحوحي فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختموا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى على رضى الله عنه فقال يحلف العبد الآخر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وإنما نأخذ بحديث على رضى الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه اذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجمل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمنين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجمل بمنزلة الأجير المشترك فلماذا ضمنه وكان من مذهب على رضى الله عنه انه لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله) يحلف العبد الآخر يريد به الراد سماً أحمر لقوته وقدرته على أخذ الابق وسمى الابق أسود الخبث فملوه وهو من دعاية على رضى الله عنه قال واذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البيعة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولاً نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الابق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إياقه فيرفعه الى السلطان ليعززه ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البيعة فاذا أقام البيعة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك ﴿فان قيل﴾ كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك ﴿فلنا﴾ يستحلفه صيانة لقضاء القاضى والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فاذا

٢٠١
حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وان أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئاً ولكن
ان لم يأخذ أحب الى هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الى أن يأخذ منه
كفيلا وان لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص
قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في
أخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظم وما قاله في رواية أبي
سليمان رحمه الله قولها لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه
أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان
أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة على الولادة في ملكه فيكون مقدماً على
من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحماً له أو يقيم البينة على
انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في
سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه
ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي
ترك العمل الا بحجة معلومة لا أمر موهوم أرايت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلاً كان
يمنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط
مجتهد فلا يكون مسيئاً وان لم يكن للمدعي بينة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه
كفيلا . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى انه حر كان
قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما
قالا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع اليه
بمالبس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس
بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكة غير
مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما
فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه
كفيلا بحق نفسه حتى اذا حضر مالكة وأراد أن يضمه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره
فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي
ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فهذا لا يحتاط بأخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا

طالب ذلك بآء الامام وأمسك ثمنه حتى يحىء له طالب ويقيم البيئة انه عبده فيدفع اليه الثمن
لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي
ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يأتى منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع
لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن ينقض بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه
الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان
محبوسا ولو أمره الامام بأن يخرج فيكتسب فأبقى ثانياً فكان النظر في الاتفاق عليه من بيت
المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده
عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضى فكذلك في نفقة الامام
من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا
نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة
النصارى وان أقام بينة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية
فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضى بولاية شرعية
فكان المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا ان
يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها حينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ
البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه
بمنزلة البيئة فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده
ومعها ولد يدعى نسبه كان مصداقاً في ابطال حق الفرءاء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن
معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية أبناً بالغاً أو غير بالغ فرده الى مولاه
فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجمل أربعون درهما ولا يزداد على ذلك
وان بعدت المسافة لان تقدير الجمل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن
مسمود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأى لا تجوز ولان أدنى مدة السفر
معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعاً كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان
أخذه في المصر أو خارجاً منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لاشئ له لان التقدير
الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجمل انما يستحقه راد الآبق
وتقام الآباق بمسيرة السفر ففما دونه هو كالأضال ولهذا لا يتعلق شئ من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفي الاستحسان له الجمل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجمل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض فلك فيستوجب من الجمل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمل معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجمل بغير أمر القاضى فليس له سوى الجمل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بينا هذا في اللقطة فكذلك في الآبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الأخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعى ما يسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جمل له إلا أن يشهد الشهود بأنه آبق من مولاه أو ان مولاه أقر بإبائه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجمل واذا أعتقه المولى في إبقائه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الآبق لان الاباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يحجز لان البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعائد وقد رته على التسليم تنعدم بالابق ولان في بيعه معنى الفرر لانه لا يعلم بقاءه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر فالفرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلماذا صح منه اذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يحجز لان الهبة لا تتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمي الذي بقى له وحق القبض فيما يوجب للصغير اليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمي كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالأباق لا يوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أنه
 يكون متردداً في دار الاسلام أو في دار الحرب ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمي
 باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق مادام في دار الاسلام بقوة الامام
 والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبقى الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه
 قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب واذا
 أبقى العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجوراً عليه استحساناً وفي القياس لا يصير
 محجوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ماله صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته
 لا ينعدم بالأباق لان الأباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي البقاء بطريق الاولى . وجه
 الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه مادام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإبائه فما
 أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الأباق لدلالة العرف أو يصير محجوراً بعد الأباق لدلالة
 الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة
 الاذن كالتصريح بالأذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند
 التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي انسان يكون إذناً له في تناول دلالة
 فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وجبسه
 وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار
 الحرب يموتة الامام حكماً فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله
 الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جنابة الآبق والجنابة عليه وفي حدوده كالحكم فيها
 في المصر لان الرق فيه باق بعد الأباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو القداء
 عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الامام حتى يحضر . ولا فاذا حضر
 قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور
 مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للمقوبة من حد أو قصاص فهو
 على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان العبد في الاسباب الموجبة للمقوبة كالحر
 بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة
 الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام المقوبة باعتبار
 معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فبقى هو في النفسية على أصل الحرية

لان العقوبة تثبت عليه بالبينّة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما ثبت باقراره لا يشترط
 حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما ثبت بالبينّة بل أولى لان البينّة حجة متمدية الى
 الناس كافة والاقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
 الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بحضور منه لان العبد ليس بخصم عنه
 والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن في الشهود
 حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعاً ففي اقامة العقوبة تفويت حق المطلق عليه والدليل
 عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاه مساماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة
 ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينّة لكان لا يعتبر دينه في ذلك والعبد ليس بخصم عن
 المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى في ذلك فلا ينتصب خصماً عنه وبه
 فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن في اقراره فلا يكون في اقامة العقوبة عليه بالاقرار
 تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء اتلاف
 مالية المولى والبينّة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تمام القضاء ألا ترى
 ان المعارض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به
 فاذا كان تمام قضائه متناولاً حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه
 موجب بنفسه قبل قضاء القاضى وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه
 حضور المولى واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الى قاضى بلده وأقام عليه
 شاهدين وطلب أن يكتب به الى قاضى البلد الذى هو فيه لم يجبه الى ذلك في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم يقض القاضى المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبي يوسف
 يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى . والحاصل ان كتاب القاضى الى
 القاضى في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في المقار لان اعلامها في الدعوى والشهادة
 تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفي العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب
 القاضى الى القاضى بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك
 لعدم في كتاب القاضى الى القاضى فأما في العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضى عند
 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضاً وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليتثبت
 الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضى الى القاضى كما في سائر العروض ولكن استحسن
 أبو يوسف في العبد قال العبد قد يابق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد
 فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضى فلم يقبل
 فيه كتاب القاضى الى القاضى أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البيعة بهذه الصفة
 أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فلا أخذه أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في
 الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضى الى القاضى ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب
 الفروج مبنى على الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فالمولى لا يرسلها من بلد الى
 بلد عادة والا يبق في الجوارى ينذر أيضاً ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضى
 شاهدين على حليته وصفته وأنه مملوك له فيكتب له بذلك الى قاضى البلد الذى هو فيه
 محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضى بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية
 العبد وصفته مافي الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص
 للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلاً ثم يأتي به المدعى الى البلد الذى فيه شهوده ويكتب معه
 كتابا الى ذلك القاضى فاذا أتى به الى هذا القاضى أعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى
 العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت
 عنده ليبرئ كفيلاً وفي الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضى المكتوب اليه أولاً
 ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطئها وان كان أمينا في
 نفسه لانه يزعم أنها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا هذا استحسان فيه
 بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فياً كل من غلته قبل أن يثبت
 ملكه فيه بقضاء القاضى وربما يظهر العبد غيره اذا جاء به الى القاضى الكتاب فالحلية والصفة
 تشبه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة أرايت لو كانت جارية حسناء
 أكان يبعث بهامع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبح فلماذا أخذنا بالقياس فان كان القاضى
 باع العبد الا ببق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل
 وأقام البيعة ان عبداً اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذى باعه القاضى لم يقبل
 ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق مافي يد القاضى من الثمن إنما
 شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضى من هذا الرجل هو عبد هـ. ذا فحينئذ يقضى له القاضى بالثمن لانه أثبت الملك في ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعى البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبداً آبقاً فباعه بغير اذن القاضى ثم أقام المولى بينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضى بعد ما تثبت الولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضى كان البيع باطلاً وان كان العبد هلك عند المشتري فلمستحق أن يضممن قيمته أيهما شاء، لان البائع متعدي في حقه بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض لنفسه فاذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل لاعلى ملكه بكسب خيث * رجل أقام البينة عند قاض من الغضاة بان العبد الذي باعه قاضى بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه الى ذلك القاضى الذي باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضى اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضى عنده بالبينة لان المدعى بهذه البينة لا يريد أخذ عين العبد فان بيع القاضى قد نفذ فيه ألا ترى انه لو أقام البينة عنده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرّفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التي يقيمها على الدين سواء فهذا يكتب القاضى له بذلك ويقضى المكتوب اليه بخلاف ما سبق (فان قيل) الثمن عين في يد ذلك القاضى كالعبد (قلنا) نعم ولكنه معلوم بذكر مقداره فلا تنفع الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد . واذا وجد الرجل عبداً أو أمة آبقاً وهو يقدر على أخذه فانه يسعه تركه وأحب الى أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسعه تركه لان النهى عن المنكر فرض على كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنساناً يفرق لم يسعه الا أن يخاصه اذا قدر عليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى . ولكننا نقول هو يحتاج في رده الى معالجة ومؤنة فكان في سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمه ولانه في الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤى الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التمشف وحمقى أهل التصوف لا يسمه أن يأخذه فلا أقل من أن يسمه الترك لظاهر الحديث (واذا) أخذ عبداً أبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضى فهلك عنده ثم استحقته آخر بيعة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء لكون كل واحد منهما خائناً في حتمه فإن ضمن الدافع رجع به على القابض لأنه أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين أنه كان غاصباً لا مالكا ولا غاصب إلا ول حق الرجوع على الثانى بما يضمن ولأنه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى . وإن كان لم يدفع الى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه إليه بغير حكم ثم أقام آخر البيعة عند القاضى فإنه يقضى به لهذا لان البيعة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبيعة التى قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص ببيعة تنوم في مجلس القضاء وإن أعاد الأول بيئته لم ينفعه أيضاً لان اليد فى العبد له وبيعة ذى اليد فى الملك المطلق لا تعارض بيعة الخارج وما اكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء ولاجارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعمد اباقة واذا لم يكن المكتسب أهلاً للملك فمولاه يخفه فى ملك الكسب لما كسبه رقبته وإن أجره الذى أخذه وأخذ أجرته فهو للذى أجره قال لانه فى ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بال ضمان ولانه بمقده صير! ليس بمال ما لان المنافع لا تأخذ حكم المالية الا بالمعقد عندنا كما بينه فى الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير ما لا يفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه ولكن يذبحى له أن يتصدق به لانه حصل بكسب خبيث وإن دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا مال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعى رضى الله عنه هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمنه من تملك مال نفسه منه طوعاً ثم يحل للمولى أكله استحساناً وفى القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصديق به فلا يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسن وقال وجوب التصديق به كان خلط دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك فى حق الآخذ لا فى حق المولى بل بالتسليم الى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحساناً لانه كسب عبده وفى القياس لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل نمحض ذلك العقد منفعة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شيء فلماذا أنفدنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بمقدمه بأخذها في دفعها الى المولى . وابق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقيقة المعنى ان الاباق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج في الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جمل لراد المكاتب لانه ليس بأبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجمل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فان حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يعمر مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون في الرد احياؤه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محييا له * ويجوز عتق الآبن عن الظهار اذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عنقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده * (فان قيل) الآبن في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى * قلنا * المستهلك منه حكما ماليته لاذنه والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدأ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس في النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لقوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدأ بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا ويجوز بيع الآبن ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره امجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشتري اقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه واذا آبن عبد الرهن فرده رجل في حياه الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالابق ثم قد حي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

رهناً على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان
 كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان
 موجب عمده الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يردده حتى
 يتحقق التوى سقط دين المرتهن فمرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير
 تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا
 بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الاتفاق
 تمكن من رده ويبقى جميع دينه فمرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لحياء
 المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك
 ومما لجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق ولاذي جاء به أن يمسكه حتى
 يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقاً بماليته فيحتبس
 به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بعد ما قضى القاضى بامساكه فلا ضمان
 عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك
 حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء
 حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد)
 أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجده معه شيئاً فالقول قوله ولا شيء عليه لان
 وصول يده الى العبد لا يكون دليل ووصول المال اليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه
 والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب
 المال فله أن يستحلفه في ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه يدعى عليه ماله أو قر به لزمه فاذا
 أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبق من مولاه
 فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتروا رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء
 مولاه فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها
 من المشركين وعندها أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاه عليها وهذا بناء على ان الآبق
 الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في
 يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فن
 اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

بالقيمة والمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعلى رضي الله
 تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الباقي اليهم بالأخذ فإذا ملكوها ملكها المشتري أيضاً وقد
 استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى في استردادها والجعل واجب في رد المدبر
 وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن ﴿فإن قيل﴾ فأين ذهب قولكم
 انه يستوجب الجعل باحياء المالة في أم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ﴿قلنا﴾ نعم ليس له
 فيها مالة باعتبار الرقة ولكن له مالة باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا
 يكون راده محيياً للمولى مالة باعتبار الرقة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن
 يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان
 كان على المدبر سماية بان لم يكن للمولى مال سواه فردده على الورثة لم يستوجب الجعل
 لان المسنمى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد
 المكاتب أو الحر فأما اذا وصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى
 وعتقهما بعد ذلك * وان كان الباقي بين رجلين اثلاثاً فالجمل بينهما على قدر أنصباهما وجوبه
 باعتبار احياء ماليتهما والمالة لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان
 أبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعة درهما
 وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عنائه وعناؤه في رد الكبير أكثر منه في رد
 الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الآبق الى مولاه فلما نظر اليه
 أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضاً له باعتاقه ألا ترى ان المشتري اذا أعتق المبيع
 قبل القبض يصير به قابضاً وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضاً له لما
 نفذ تصرفه فيه بالتملك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة
 سلامة الامين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثه
 أيام فبقي المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالة بالرد على المولى
 قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن
 ينتهي به الى مولاه فالجعل للآخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون
 ذلك ولا شيء للأول لان تمام السبب بإيصاله الى المولى والأول ما وصله الى المولى فانتقص
 السبب في حقه بإباق العبد منه قبل تمامه بإيصاله الى المولى فلا جعل له وأما الثاني فقد

أتم السبب بإيصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الأول مع الثاني ورداه من مسيرة يوم فلا أول نصف الجعل تاماً ويرضخ للثاني على قدر عنائه لانهما تما السبب بإيصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثاني الى الفعل الأول وباعتبار هذا الضم يكون رادآله من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاماً والثاني انما رده من مسيرة يوم فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فهذا يستحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا في سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان في استحقاق الجعل . وان كان أحد الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة في حق المولى وان كان العبد الآبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما في كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحياء مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك ان كان الآبق لصبي فالجعل في ماله يؤدى عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالية حصلت له (عبد) جنى جناية ثم أبق فجاء به رجل فالمولى غير بين الدفع والفداء اذا كان قبل اباقه فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد عمل له في احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه تبين ان الراد أحياء حقهم فان نفس العبد ستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحياء حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يجبسه عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يجبسه عن المولى (عبد) أبق الى بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشتري قد يكون قاصداً الى تملك المشتري فيكون هو غاصباً في حق المولى لا عاملاً له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتره ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه يعمل للمولى في الرد ولكنه الطريق الذي يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع في ذلك كما كان متبرعاً فيما ينفق عليه بغير أمر القاضي وكذلك ان كان آبق الى دار الحرب ففي حق الراد هو والمأخوذ في دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجمل في تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجمل عليه كان ذلك ديناً في تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بأمسك العبد حتى يعطى الجمل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد وبدأ بالجمل له من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لان حق الغرماء في ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجمل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضاً فان كان الذي جاء به وارث الميت وقد أخذ وساربه ثلاثة أيام في حياته وأوصله الى المصروفات المولى قبل أن يرد عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجمل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جمل له لأن استحقاق الجمل انما يكون بالاىصال الى المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جمل له والاىصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سبباً لوجوب الجمل له لانه شريك فيه ومن عمل في شئ هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك في العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجمل بعمله في الرد وقد تم ذلك في حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان اىصاله الى المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة في المحل وانما الذى لا يتحقق تسليم العمل الى غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلماً الى المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجمل . يوضحه أنه باحياء المالة يستوجب الجمل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو وصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة مالورده عليه في حياته ولم يأخذ الجمل منه حتى مات واذا جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوى أربعين درهماً ففى قول أبى يوسف الأول له الجمل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفى قول أبى يوسف الآخر رحمه الله له الجمل تاماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجمل باعتبار احياء المالة للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالة التى حييت له ثم الراد ما ذون من جهة المولى فى اىصال المنفعة اليه لا فى إلحاق الضرر به وإيجاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان فى إيجاب الأربعين على المولى ضرر بين فينبغى أن يوجب له من الجمل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولى وذلك أن يتقص من قيمته درهم لان مادون الدرهم

من الكسور لا يجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجمل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في إيجاب جمل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر إلى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه أن مائة رقبته وإن كانت دون الأربعين فإليه كسبه الذي يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا أن ذلك يمتنع لا بإيجاب الجمل ابتداء فلأن يمتنع لتكميل الجمل كان أولى وإذا كان على العبد دين فجعله على مولاه إذا أراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وإن أبى بيع العبد واستوفى صاحب الجمل جملة وكان ما بقي من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم مما إذا كان على العبد دين جنائية سواء لأن المستحق هناك الدفع بالجنائية وهنا البيع في الدين وإذا أخذ الرجل عبداً أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة أخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجمل إذا لم يكن في عياله لأن ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه أحياء المألية على المالك بالرد فيستوجب الجمل كسائر الأجانب ولكنه استحسن فقال إذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جمل له لأن رد الباقي على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن ديناً وإن لم تكن مستحقاً عليه ديناً ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجمل رد آفته وكذلك المرأة مع الزوج لأن كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه وبعد خيره خير نفسه ولأن خدمة الزوج مستحق على المرأة ديناً حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذي يطلب أبق امرأته عادة . فأما إذا وجد عبد ابنه فإن كان في عياله فلا جمل له لأن أبى الرجل إنما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جملاً آخر وإن لم يكن الأب في عياله الابن فله الجمل لأن خدمة الابن غير مستحق على الأب ديناً ولا هو سائق له شرعاً ولهذا لو استأجر أباه لخدمته فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجمل وكذلك الأخ له الجمل إذا لم يكن في عياله أخيه وإن كان في عياله فلا جمل له لأنه إنما يعوله وينفق عليه لهذا ونحوه وإذا أبى عبد اليتيم فجاء به الوصى فلا جمل له لأنه هو الذي يطلب أبى اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك إن كان اليتيم في حجر رجل

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذي جاء بالآبق مولاه من الجمل على عشرين درهما جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجمل أربعون درهما جاز منه أربعون وي طرح الفضل لان حقه مقدر بالأربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتق شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه. واذا أبت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جمل واحد لان الابق من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وهي الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جملان ثمانون درهما لان الابق تحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جملا كاملا باعتبار كل واحد منهما. واذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من اباته وسلمه الى الموهوب له فله الجمل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد في الجمل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

❦ كتاب المفقود ❦

❦ قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إمام المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون وخلفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجهد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد والاسم في اللغة من لاضداد يقول الرجل فقدت الشيء أى أضلته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه * وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب المال فانه علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لئلا يهمل هذا الظاهر ولهذا
 لا تزوج امرأته عندنا وهو مذهب على رضى الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قوله
 في امرأة المفقود أنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ
 ابراهيم كما قال قد سمعنا أن امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشئ هي امرأة
 ابتليت فلتصبر وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضى الله تعالى عنه في الابتداء ثم
 رجع الى قول على رضى الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضى الله عنه فيقول الظاهر
 أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف
 على حقيقة خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع
 الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع
 الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر
 من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدنان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين
 فهذا تربص ولا تأخذ بهذا لأن نكاحه حقه وهي حى في إبقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا
 زوجته من أن تزوج كان فيه حكم بالموث ضرورة إذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة
 واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع ما لم يقم على موته دليل موجب له . والتقدير
 بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا أنها
 امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لا يتلاها بأشد من هذا . فاذا لم يظهر خبره فظاهر
 المذهب أنه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فإنه يحكم بموته لأن ما تقع الحاجة الى معرفته
 فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع
 أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه
 الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع
 والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لأن اجتماع التحسين
 يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة
 فيموت ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض
 من كان قبانا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول . وعن أبي
 يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لأن الظاهر أن أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكي انه لما سئل عن معنى هذا قال أئنه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرافان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثر الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى النقي كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطابقة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهؤلاء اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لهن المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تنموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز في الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لهنه الا لعنين . وكان محمد ابن سلمة يفتي في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً بحاله بحال نظائره ﴿وذكر﴾ عن عبدالرحمن بن أبي ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فكثت فيهم ثم بدالهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بي قرباً من المدينة فقالوا أنعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخبرني عمر رضى الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر . وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته * وفي هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله في ان الجن قد يتسلطون على نى آدم وأهل الزيف ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمي لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمي
 من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسمًا كشيءًا
 من موضع الى موضع ولكننا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان
 الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل في رأس
 الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضًا فتبع
 الآثار ولا نشغل بكيفية ذلك . وكأن عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله في امرأة المفقود
 لما تبين من حال هذا الرجل . وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على
 مذهب عمر رضى الله عنه في المرأة اذا نبت إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج
 الأول حيًّا انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول علي رضى
 الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل
 من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنفض عدها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه
 الله فيقول قول علي رضى الله عنه أحب الى من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضًا
 لانه تبين انها تزوجت وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحلات بل هي من
 المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها
 مع الثاني . واذا اختار الأول المهر ولكن يكون النكاح منعقدًا بينهما فكيف يستقيم دفع
 المهر الى الأول وهو بدل بضمها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمكحولة اذا وطئت بشبهة
 فمرفنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة غيره كالمكحولة اذا
 وطئت بالشبهة . وذكر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن
 ثلاث قضايا الى قول علي رضى الله عنه عن امرأة أبي كنف والمفقود زوجها والمرأة التي
 تزوجت في عدها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا . وأما حديث أبي كنف فهو ما رواه
 ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد
 تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأت
 أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها
 فقال لهم ان لي إليها حاجة فخلوا بي وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير
 بكتاب عمر رضى الله عنه فمرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجمة في حقها ما لم تعلم حتى اذا اعتدت
 وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي
 رضي الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوبة سواء دخل بها الثاني أو
 لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجمة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم
 تعلم به فكذلك رجمتها لقوله تعالى وبمولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا
 كان يستبد به . والرجمة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد
 بإمساك ملكه من غير أن يحتاج الى علم غيره قال ﴿ واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضي
 وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته ﴾ لما بينا انه حتى
 في حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضي لا يشتغل
 بقسمة ماله ﴿ فان قيل ﴾ كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب ﴿ قلنا ﴾ بأن يجعل من في
 يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيا في هذه الولاية واذا قامت البينة علي من ينصبه
 القاضي فيما قضى بموته ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يجعله ميتا حكما لانقطاع خبره فيقسم
 ماله وان لم تقم البينة على موته كالمتردد اللاحق بدار الحرب ﴿ قلنا ﴾ هناك ظهر دليل
 الحكم بموته وهو انه صار حريبا وأهل الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولم
 يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكما ولان هناك لو ظفر به الامام موته حقيقة بان
 يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكما فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى
 هنا قال ﴿ وتفسير المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه
 ولا يأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله ﴾ فهذا مفقود لا يقضى القاضي في شئ من أمره
 حتى تقوم البينة انه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا
 الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحى سوى الزوجة
 لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك
 موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فاعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق
 فان كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه
 والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضي في غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان
 يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضراً قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم فى ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه للقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب . ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه فى زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظاً للنسله . وللقاضى ولاية فى ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلاً فهو مستقيم أيضاً إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقة قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر فى الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعاً لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطالب ذلك وليس هنا خصم طالب فلماذا يسمعه أن لا يأخذ كفيلاً ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه اهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد فى حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئاً مما لا يخاف عليه الفساد من ماله فى نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ المين فيما يتأتى حفظه نظره فلا يبيع شيئاً من ذلك وهو فى الاتفاق على من سمينا هم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضا ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئاً من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه فساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلماذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساد * وهذا بخلاف الوصى فى حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع المروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع المروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ المين وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئاً من المروض وقل أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلا بد أن يبيع شيئاً من ماله من المروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع المروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن * وجه القياس أنه لا ولاية للأب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى أنه لا يبيع عقاره لم يذ ولا يبيع عروضه اذا كان حاضراً والحاضر والغائب في حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى أنه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاء لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاء جارية الابن لحاجته الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاء لبقاء نسله ولهذا يملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق لوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع المروض دون بيع العقار لان بيع المروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموت وبقي أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنانير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبرأ أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومتاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فيبيعها باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شيء واليه ما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبمد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقراً بالوديعة والزوجة أو يكون ذلك معلوماً للقاضي عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكننا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه واقرار الانسان فيما في يده
معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار يده فيتعدي القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون
للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديمة سواء والكلام في الدين أظهر لان اقرار
المديون يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بأشغالها لا بأعيانها . والجواب في الفصلين جميعاً
استحسان اذا كان مقرراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البينة عليه من
طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما
يشته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكراً
للزوجة فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح
عليه . وان كانت الزوجة والمالية معلومين للقاضي فلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع
والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما
المودع من الوديمة فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع
بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن
الاتفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر
المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلاً يتقاضي دينه ويجمع غلاته
ويؤجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظراً منه للحاضر والغائب جميعاً للغائب بحفظ ماله وجمعه
وللحاضر بوصوله الى حقه وهى النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويقبض ويخاصم من
يوجد حقاً من عقد يجري بينه وبين الوكيل لان ماوجب بمقده فهو أحق بقبضه ألا
ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل
دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق
فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحدته لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط
وحفظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس
من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبى آخر الا ان يكون القاضي قد ولاء ذلك ورآه وانفذ
الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعنى بهذا القضاء على الغائب
بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم
من غرمانه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

لان ذلك من الحفظ . وان لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله
 في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضي به فينشد ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه
 فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان
 القاضي محدودا في قذف قلنا لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل
 تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها ينفذ قضاؤه كما
 لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو ودية
 أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعيب أو مطالبه باستحقاق لم
 يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما
 الوكيل فلا نه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلا أنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان
 رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا أنه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده *
 واذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما اتفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من
 ماله وغمته ودينه لان اتفاضي لما ثبت له ولاية الاتفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه
 وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنائير أو دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم
 اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئا من ذلك وكذلك ان كان
 في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها
 للسكوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ما سوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه
 كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للاتفاق بينهم فكذلك لا يملكون
 بيعه وانما لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا
 على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهو ان كانا يريان الحجر علي من لزمه حق فذلك
 عند ظهور تمتعه وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك
 مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ ماله بل فيه
 نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب أنه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من
 القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول
 ألا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الى قول شريح وقال لا يجيبها
 الى ذلك . فالحجة بقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لانصير دينا إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه
 بقضائه شيئا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان أرادت اثبات النكاح
 بالبينة لم يسمع القاضي بينها عندنا لان البينة لا تكون حجة الاعلى خصم جاحد فالجزم يحضر
 هو أو خصم عنه لا يسمع القاضي بينها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة وأمرها بأن
 تستدين وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها إعادة البينة عليه فان أعادت قضي على الزوج
 بما اتفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع
 احتياط في حق الحاضر والغائب جميعا (واذا) أجر المفقود شيئا قبل أن يقدم تنقض الاجارة
 بعدما يصير مفقودا لانه حي في ابقاء ما كان علي ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة الى
 زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (واذا) فقد الرجل بصفين أو
 بالجل ثم اختصم ورثته في ماله اليوم فان هذا قدماء ألا ترى انه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان
 فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجل) حرب كان بين علي
 وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين علي ومعاوية
 رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب كان
 أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذي فقد في ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة
 أو أكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لا يبقى في مثل هذه المدة الطويلة ظاهرا . فان
 كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخا لاه له ولا مفقود عصبية فأنظر الى
 سن المفقود يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئا
 لبقائه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضا لان بقاء الوارث بعد
 موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت
 وما كان شرطا فما لم يثبت بدليل موجب له لا يثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا
 موجب فلهذا لا يرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود له مصبته الحى بعد ما يمضي من
 المدة ما لا يعيش مثله اليه وان كان مثله لا يعيش الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت
 الميراث لابنه لان حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعي فاذا صار مال المفقود
 ميراثا له كان ذلك موروثا عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لأخيه لاه منه السدس والباقي
 لمصبته وان كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الي أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشبه الحال بمنزلة الجنين في البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات * واذا تمت المكاتب وله مال وولد ولدوا في المكاتبه وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسما أولاده في بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته ولم يظهر لانه لا يستسعى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسعى ولده بعدما يصير مفقودا وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا في المكاتبه وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة في كسبه ان لو كان حاضرا فكذلك ينفق عليهم من ماله بعدما يصير مفقودا كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بمقدار النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا في المكاتبه هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم فان مات ابن له ولد في مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتا فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أدت كتابة أبيه من ماله مستندا الى حياة أبيه فلجمالة المستحق بقى موقوفا وان كان ماله في يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أعرض له لانه لا يدري لمن هذا المال ومالم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذي اليد بازالة يده * ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبه وهم كبار ان أباهم قد مات وماله في أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا ووجد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي فخذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذي يحدد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يمدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل الكتابة كمالو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من الكتابة حتى اذا عجز نفسه سقطت الكتابة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق في المال يبدأ بالأقوى فالأقوى عرف ذلك بقضية المقول

وشواهد الأصول . وكذلك الحر اذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه ويقسم الميراث
يديهم اذا كان في أيديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر ما لم يظهر له خصم ينازعه
فيه وكذلك اذا كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك . وان جحد موته لم انزعه من يده
الا بيينة تقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذى اليد وقولهم ليس
بحجة عليه في استحقاق يده فالتم تقم البيينة علي . وانه لا يخرج القاضي المال من يد ذى اليد .
ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض
لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق
المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط تورث الاخوة عدم أب هو وارث وبإظهار
لا يثبت هذا الشرط فلهذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله . وكذلك ان كان
مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق علي
ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدري لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق
فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لا يرث من غيره ما لم يعلم حياته حقيقة وقت موت
مورثه . ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر
(قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البيينة ما كان لهم أن يبيعوه فبهذا أولى ومراده
بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد
خصم في البيينة التي أقامها المملوك على العتق . وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو ادعت
امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو . أوصي رجل للمفقود بوصية
لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أتفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق
الموصى له نقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث
حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين
وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فارتفعوا الى القاضي
وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه
للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من أيديهما لان القاضي لا يتعرض لخراج
المال من يد ذى اليد الا بمحض من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لا يدعون لانقسام
شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدري ان المفقود حي فيرث أم ميت فلا يرث

فلهذا لا يخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له لأن حق أولاده ثابت
 في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة في ملكه واستصحاب الحال معتبر في
 ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قدمتا أخونا وقال ولد الابن هو مفقود
 لأن من في يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم أبونا مفقود
 فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان
 ميراثهما واتفقا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لأننا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان
 المفقود ان كاحيا فالمراث بينهما وبين أخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا
 فلهما الثلثان والباقي لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقي في يد ولد الابن من
 غير ان يقضي به لهما ولا لابيهم لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي. ولو كان المال في يد
 اجنبى فقالت الابنتان مات أخونا قبل أبنائنا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده
 المال بالمال للميت وبأن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقي
 موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذي في يده المال
 قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لأن اقرار ذى اليد في يده
 معتبر وقد أقر بان ثنى ما في يده الابنتين فيجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره
 بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لا أنفسهم بهذا القول لا يدعون شيئا ثم يوقف الثلث
 الباقي على يد ذى اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولو جحد الذي في يده المال أن يكون
 المال للميت فقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود
 فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء
 فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهم في المال والاب
 ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر
 المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقي يخرج من يد ذى اليد فيوضع في يد عدل
 حتى يظهر مستحقه لأن ذاليد قد جحد وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان
 كان ممرورا بالعدالة لأن العدالة لا تتجزز زمن تناول ما يزعم انه ملك بخلاف ما سبق فذو
 اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقي
 في يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولدا لمفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم أرفع

اليهم شيئاً حتى تقوم البيئة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد
ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل
موت الجد فهم يستحقون الثالث ميراثاً من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون
النصف ميراثاً من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلا بد ان
يقيموا البيئة على موته قبل ابيه أو بعده ولا ينفق عليهم من ذلك المال شيء وان كانوا
محتاجين لانه لا يدري لمن هذا المال وتفتهم عند الحاجة في مال ابيهم والملك لا يهتم في هذا
المال لا يثبت ما لم تعلم حياته بعد موت الجد . فان كان المال ارضاً في ايدي الابنتين وولد
الابن فاقروا جميعاً ان الابن قد مات قبل ابيه واقسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا
انه مفقود فان القاضي يبغي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول
فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لا يلتفت
الى قول المناقض . وكذلك لو كان في واد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في
يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدي مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك
لانه لا يدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقر أنه ليس بوكيل له ولا
وارث لانه حي ونقض القسمة بقول من لا يدعى لنفسه شيئاً لا يجوز بخلاف ما لو كان
بعض الأرض في يده لانه مدع نفسه حقاً وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل
حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير
فأدرك . وان ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة
مستقبله باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمة لان تراضيهم
على القسمة بعد موت الجد لا يمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى
فلهذا ينقض القسمة بخلاف ما لو كان القاضي هو الذي قسمه بين الحضور وعزل نصيب
الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته في حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال
شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق
الغائب والصغير ولو ماتت ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض
له ولم أقف منه شيئاً للمفقود لانه لا يدري أحى هو فيكون وارثاً أو ميت فلا يكون
وارثاً وقد بينا انه لا يتعرض ليد ذي اليد الا بمحض من الخصم . وان كان ميراثها في يد

أجنبي لم أَدفع إلى أخيها منه شيئاً لأن شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوماً بالحجة لا يدفع إلى الاخ من الميراث شيء وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم أقسم بينهم لأن القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك ما لم تَقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم أقسم للمفقود من ذلك نصيباً لأن خيانه بعد موتها غير معلوم ولم أقف له شيئاً لأن التمرض ليد ذى اليد لا يجوز الا بحضور من الخصم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في أيديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم ينزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يدلم أنه مات قبلها أو بعدهما ويقسم ما بقي بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضي لا يشتغل بالقسمة لأن فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفاً حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لانما تيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذى اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ما سبق فان المال هناك في أيديهم ففي القسمة تميز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهذا المال ليس في أيديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لا يمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم * واذا فقد المرتد ولم يعلم الحق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لا يرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لو كان عبداً لم يحبس له شيء من ميراث ولده لأن الرق الذي يحرمه معلوم والعق بكذاك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي وكذلك المرأة المرتدة فانها لا ترث أحداً وكذلك الذمي يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيء لأن سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث المسلم وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لا يرث الكافر فاسبب حرمانه متيقن والله أعلم

كتاب الغصب

قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء

(اعلم) بان الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال . يقال غصبت زوجة فلان وولده . ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمة في الشرع بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ألا ان دماءكم وأعراضكم وأموالكم حرام عليكم حرمة يومى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا (فثبت) أن الفعل عدوان محرم في المال كره في النفس ولهذا يمتنع به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوء الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين إلا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به . فأما اذا كان مخطئاً بان ظن المأخوذ ماله أو كان جاهلاً بأن اشترى عيناً ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثماً لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه في الدنيا فثابت سواء كان آثماً فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعاً لجهله وعدم قصده والحكم الأصلى الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به . ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالآخذ واليد اصحاب المال في ماله مقصود به يتوصل الى النصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فملى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وأثم

وجوهه رد العين اليه ففيه إعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبراً لما فوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر . فالكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل معنى أى في صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * ويان هذا ان الغصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالملك والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق الغصوب منه في العين والمالية وقد تعذر ائصال العين اليه فيجب ائصال المال اليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكننا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى محيء أو انه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان الغصوب أو المستملك ممالاً مثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بمالاً مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفاً عن رد العين وصار ذلك ديناً في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان الغصوب

من المدديات المتقاربة كالجواز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عدداً ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدي به الضمان منصوص على اعتباره والمائلة في المدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيها الربا لأنها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لا يصر إلى القيمة لتعذر أدائها. المثل كما في المدديات المتقاربة ولكننا نقول المائلة في آحاد هذه الاشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المنصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لأن آحاد هذه الاشياء لا تتفاوت في المالية إنما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وإن كان المنصوب من المدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر رد العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله تعالى عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الأرض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضي الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام الجارية بالجارية ولكننا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في عبد بين شريكين يمتقه أحدهما فإن كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً سمي العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص على اعتبار القيمة فيما لا مثل له * وتأويل حديث أنس رضي الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم * ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام يعني بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور أنه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمه الله قال من كسر عصى فهي له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فهي له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المائلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على المعصى الصغيرة فانها من العدديات المتقاربة لا تنفارت آحادها في المالية كالسهم وما ذكر في الحديث الثاني محمول على المعصى الكبيرة فانها كالعدديات المتفاوتة لان آحادها تنفاوت في المالية . ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لا يمكن التقضي به بعد ذلك فأما اذا كان الكسر يسيرا فليس على الكاسر الاضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن تقصا في ماله فعلية ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية فان التعيب هناك فاحشا كان أو يسيرا يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان معتذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعي رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على ان من مذهبه أن للجودة في هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال ألا ترى أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تقويت الغاصب الجودة وما لا يقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من المالا هي والمعارف . ثم وجوب ضمان النقصان لا يؤدي الى الربا فان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصا على أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون ولكننا نقول لاقية للجودة في هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء يعني في المالية التي ينبنى عليها المقدار لانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فلا اعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس . وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله في العين واذا ثبت انه لاقية للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الاصل وهي متقومة مع الاصل تبعا فلماذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المنصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبي البحتري ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال ان بني عمك عدوا علي ابلق ققطموا ألبانها وأكلوا فصلانهم ا فقال له عثمان رضي الله تعالى عنه اذا أعطيتك ابلانا مثل ابلك وفصلانا مثل

فصلانك قال اذا تقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فقمزه بمض القوم بعبد
الله بن مسعود رضي الله عنه فقال بيني وبينك عبد الله فقال عثمان رضي الله عنه نعم فقال
عبد الله رضي الله عنه أرى أن يأتي هذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل
فصلانه فرضى عثمان رضي الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة في
أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضي
الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل
الصلح بالتراضي لان المتلف لم يكن عثمان رضي الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان
غير مؤاخذ بجناية بني عمه الا أن عثمان رضي الله عنه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بني
عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بي وهذا لانه كان به فرط الميل الى أقاربه واليه أشار عمر
رضي الله عنه حين ذكر عثمان رضي الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك
ظاهراً منه ولهذا جاء الاعرابي يطالبه وانما غمزه بمض القوم بعبد الله رضي الله عنه لما كان بين
عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وان
الامام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي
الله عنه وفيه دليل على أن رد مثل المنصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك
لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك واتقاده عثمان رضي الله عنه وهذا لان المقصود
هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه في ذلك الموضع ولذا
الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب * وذكرنا عن
شرح رحمه الله أن مسلماً كسر دنانير من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شرح قيمة الخمر
وبه نأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتمازح احرارهمهم بحماية الامام فانهم يمتدنون
فيها المالية وانما يكون المال متقوماً بالاحراز والامام مأمور بأن يكف عنهم الايدي
المتعرضة لهم في ذلك لمكان عقد الذمة فيتم احرارها منهم بذلك وسنقرر ذاك في موضعه
(م) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمي عند الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز
عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين
قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوي ما هو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر
(واذا) غصب الرجل جارية تساوي ألف درهم فازدادت عنده فزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وأنجلاء البياض عن العين * وفي الكتاب بدأ ببيان
 الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث
 أمانة في يده عندنا حتى لو هلك من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعي
 رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لأنها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدي فتحدث
 مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لأن المتولد من الأصل يكون بصفة
 الأصل والأصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه ألا ترى أن الزيادة مملوكة للمغضوب
 منه كالأصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) أن الزيادة مغضوبة بمباشرة من
 الغاصب لأن حد الغصب الاستيلاء على مال الغير بأبواب اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في
 الجاهلية يتملكون بهذه اليد ويسمونه غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم
 وأثبت الضمان وبقي حكم الملك بها في كل مباح كالصيد . ثم إنما يملك الصيد بأبواب اليد
 عليه فكذلك يجب الضمان بأبواب اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه
 إنسان كان القول قوله (والثاني) هو أنه غاصب للولد تسبباً فإن غصب الأم وامساكها
 إلى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لأن أصحاب السوائم يمسكون
 الأمهات لتحصيل الأولاد وهذا تسبب هو فيه متعدي فينزل منزلة المباشرة لأن المال يضمن
 بالاتلاف تارة وبانصب أخرى وفي الاتلاف المسبب إذا كان متعدياً يجعل كالمباشر في حكم
 الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب
 ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لأنه سببه ولهذا يضاف إليه الحكم
 ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبباً ولا مباشرة لأن حد الغصب
 الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير بأبواب اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتاً
 ليد المالك لأن الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الابتغويت شيء عليه وليس في
 الغصب تفويت العين فعرفنا أن وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير
 موجود في الولد لأن التفويت بإزالة يده عما كان في يده أو بإزالة تمكنه من أخذ ما لم
 يكن في يده وما كان الولد في يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار
 الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضموناً عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه
 بالرد فإذا منعه يتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضموناً عليه كالثوب إذا هبت

به الربح وأنته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه بأثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الابتغويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فأثبت اليد عليه يكون اتلافاً لمعنى الصيدية فيه حكماً وقد تحقق ذلك في الولد بأثبات اليد عليه . فأما الاموال فمحفوظة بالايدي فلا يكون اثبات اليد على المال اتلافاً لشئ على المالك * يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان . وعلى هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولا وجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان مفصوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوك حقيقة فيتعدي ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمه لوجود اتتمدى منه على الأمانة كما لو باع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس في البيع والتسليم تقويت يد المالك في الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تقويت يده لانه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بيده وتسليمه فلو جرد التفويت من هذا الوجه يكون ضامناً فأما الزيادة المتصلة فهي أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويذهب أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مفصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً ولكننا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان يد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لاعلى حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منها بعد الطلب ففي احدي الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لا تصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لا تتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع في حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا
 المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا
 الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها
 وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان
 اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشاءه فبهذا
 الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك. وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك
 وذلك بائداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فان باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها اليدين
 بالزيادة المتصلة فهلك عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشتري
 قيمتها يوم قبض الدين وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعده بقبضها لنفسه على
 طريق التملك وفي هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بينا انه كان متمكنا من
 استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها
 حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة مالو غصبها غاصب من الاول بعد الزيادة فالملك ان يضمن
 الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه. وفيه طريقان. أحدهما ما بينا. والثاني أن المولي باختياره
 تضمين الغاصب الثاني يكون ميراثا للغاصب الاول ولهذا لا يكون له أن يضمه بعد ذلك
 وبهذا الإبراء تصير يده يد المالك والغاصب الثاني مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك
 كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت
 الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفي درهم ولم يذكر فيه خلافا
 في الكتاب (وروى) الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعه عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله انه
 ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها * وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان
 الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها
 كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان
 موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمه بأي الشئين شاء كما لو قتلها
 بعد الغصب * وتحقق هذا ان البيع والتسليم استهلاك لا ترى ان من ادعى عينا في يد انسان
 فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضي يقضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو
 بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبتته المشتري بالبينة غنى القاضي بالملك له فيكون ذلك استهلاكا

للملك علي المصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان
 كالاستهلاك بالقتل * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب
 والغصب لا يتحقق في المصوب لوجهين (أحدهما) أن الغصب الموجب للضمان لا يكون
 الابتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الأسباب
 المطلوبة لأحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئا فلا يعتبر تكرار
 البيع ثمن واحد وإنما قلنا أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لأن ملك المصوب منه باق
 بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاستهلاك إما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت
 الملك فيه حكما وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما
 لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 آخر أحدهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف
 (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الأصل لما قلنا أن الغصب
 بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الأول ولا وجه لإبطال حكم الضمان الثابت بالغصب
 الأول بفعل الغاصب لأن المسقط للضمان عنه نسخ فعله بإعادته إلى يد المالك لا اكتساب
 غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لأن الزيادة تابعة للأصل فلا يثبت
 الحكم فيها إلا بثبوته في الأصل ولأن الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان
 الغصب ولأنه لما ضمن الأصل بالغصب ملك الأصل بزيادته من ذلك الوقت فتيقن أنه باع
 ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف
 ما إذا قلنا أن ذلك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك
 مفيد في حق الأصل لأن الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة والغصب يجب على
 الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الأصل لكونه مفيدا ثم يعتبر في حق الزيادة
 تبعاً للأصل إلا أنه إذا ضمن الأصل بالقتل لا يملكها لأن ضمان القتل لا يوجب الملك
 فلا يتيقن به أن الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا أن المصوبة لو كانت دابة فاستهلكها
 الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
 أنه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمهم الله أن ذلك الجواب قوالم
 جميعا وجعل يفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الأصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق . قال رضى الله عنه والاصح عندي انه لا فرق في الفصلين عند أبي حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكّر الخلاف ثمة لم يذكّر هنا قال وقد رأيت في بعض النوادر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لا يضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذا كان مفيدا وحكم الاستهلاك في الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فلا استهلاك وان تحقق فلا فائدة في اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل في الآدمي فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثاني مفيدا وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لاننا ثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لا يكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم وان اختار المغصوب منه تضمين المشتري بطل البيع ورجع بالثمن على الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشتري بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلماذا استرد الثمن من البائع **(رجل)** غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فانت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبرا بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردّها لان الولد جزء من الاصل فيكون مملوكا لملك الاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردّها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد على قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو البراءة ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد لولد لا يكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان لملك غير المضمون له لان الضمان لجبران مافات عليه وملكه لا يكون جابرا للملك ولا يجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة في يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (الأتري) انه لو دخلها عيب آخر في يده وفي

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع
قوائم شجرة انسان فنبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما نبت لان النبات
ملك المضمون له بخلاف ما لو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش
لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يحمل مؤديا للضمان به وبخلاف
ما وقع منها فنبت مكانها أخرى أو صارت هزولة ثم سمت لان هناك انعدام سبب الضمان
لان السبب افساد النبات لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما افسد النبات ولهذا لو كان نبات السن
بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهذا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد
لا يصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمة لو حصل بعد الرد لم
يتخير به فكذلك قبله . وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والناات حكما
كالناات حسا أو أقوى منه . ويان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق
اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد
لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا
لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة
كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه
كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه يبيع شيء بمثل
قيمه ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب
فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزءا منها ثم رد ذلك الجزء
مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته
والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يحمل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه
حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلقة أكثر من تأثير المحل فاذا جعل باتحاد
المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر
الجواب عن كلامه فانما لا يحمل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبرته بانعدام سبب
الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المصوب منه فيكون الردود ملكه يقرر هذا
المعنى ﴿ فان قيل ﴾ كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمصوب منه بعد انعدام النقصان
﴿ قلنا ﴾ لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلقا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون اولد جابرا للنقصان وهو
 كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له
 ولا يكون خلقا في حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما اذا كان في قيمة الولد وفاء بالنقصان
 عند الولادة فكذلك اذا صار فيه وفاء بعد الولاد قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب
 لما انمقد فيه فالحدث فيه بعد انمقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في المبيع
 بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة في حكم الانجبار
 ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجمل كالموجود
 عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن فاما في السن يتبين
 انعدام سبب الضمان من حيث ان الحدث خلف عن الفاتت باتحاد المحل من حيث الظاهر
 ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن
 هناك لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك
 لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع قوائم
 الشجرة الواجب ضمان عين ماذهب به الفاطم وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات
 مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل بقاء الشجرة الخضره النامية والانبجار بحكم
 اتحاد السبب على ماقررنا * فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات
 روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الفاضل لجبر ان حق
 المنصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان
 الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان يكون
 بسبب الولادة فاما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولورد عين
 الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها
 يوم النصب كاملة لوجبهما : أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتاً من أصله
 كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلاً من أصله لا أن يكون جرحاً ثم قتلاً بناء عليه
 ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجباً للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا
 انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة ولا قائماً مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب
 كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفاً عن الفاتت اذا كان الفاتت بعض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفأنت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل
 الحادث خفياً عن الفأنت اذا كان الفأنت بمض الاصل لا ما اذا كان الفأنت كله لان الحادث
 تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت
 النصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة
 الى ما يجبره بخلاف ما اذا رد الاصل فالخارجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه
 الحاجة يجعل الولد خلفاً في حكم الانجبار به ﴿ قال ﴾ واذا جاء المنصوب منه يدعى جاريته
 في يد الناصب وهو منكر فأقام شاهداً أنها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على
 اقرار الناصب بذلك لم يجوز لهما اختلافاً حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ
 الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين . وكذلك لو شهد أحدهما
 بالملك له وشهد الآخر على اقرار الناصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد
 من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر النصب فالشهادة
 جائزة لانهما اتفقا في الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احدهما بالشهادة بالنصب على المدعى
 عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما أنها جاريته وشهد الآخر أنها كانت
 جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو الملك للمدعى لان ما كان له فهو باق على
 ملكه أبداً حتى يخرج من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فمرفنا ان كل واحد منهما
 شهد له بالملك في الحال * وان شهد احدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر أنها
 جاريته ورثها عن أبيه لم يجوز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحده
 وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد المالكين متباين عن
 الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه
 والمشتري لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود
 به حكماً لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء * وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر
 بالشراء من رجل آخر أو بهبة أو صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به وهو السبب
 اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو . وان شهدا
 أنها جاريته غصبها اياه وقد باعها الناصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك
 قال يجوز لان البيع انعقد من الناصب موقوفاً على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله محيز

حال وقوعه يتوقف علي الاجازة وان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولكن الشرط
 لتتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد ذكر في
 النوادر أن المدعى اذا طلب من القاضي أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد
 ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجمل ناسخا
 للبيع بهذا وجه ظاهر الرواية ان الملك لذي ظهر له بقضاء القاضي لا يكون أقوى من ملك
 ظاهر له وذلك لا يمنع انقضاء البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالفضاء بطريق الأولى
 فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع
 صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
 وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو أمين فيما يقبض . ألا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة
 لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولا يشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن
 لان الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك
 لا يشترط بقاؤه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب
 أو ارش جنابة وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشتري
 من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به
 لما منع وهو حق المنصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب
 لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء . فبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان
 لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه مقرر فيها وانما يملك الكسب
 والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا
 وقال ابن أبي ليلى عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعناق قبض
 بطريق الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها
 وينفذ البيع بينه وبين المشتري اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبارا للحكمي بالحقيقي . ولكننا
 نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل
 قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف في نفسه فلا
 يثبت الملك به قبل الاجازة كالمدة قبل القبض فان الوهوب له لو أعتق الوهوب قبل أن
 يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغضوب منه أن يضمن المشتري أن شاء. فإن أجاز المغضوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفي الاستحسان ينفذ عتقه وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة (قال) أبو سليمان وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ عتقه * وجه القياس أن هذا عتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جوازه ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضي المدة * والبيع الموقوف مختلف في جوازه وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولا يتم بدون الإجازة لأن هذا المتق توقف على إجازة مالك ظاهر الملك فإن المالك لو أجاز العتق عن نفسه عتق من جهرته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكره إذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشتري * يوضحه أن البيع والمتق توقفا على إجازة المالك ثم لو أجاز المتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل المتق لما بينهما من المناقاة في حقه . والدليل عليه أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشتري هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى . وكذلك لو كان المشتري من الغاصب أعتق ثم إن المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشتري فكذلك إذا نفذ البيع بإجازة المالك * وجه الاستحسان أن هذا عتق ترتب على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالإجازة كالوارث إذا أعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث إذا فعل ذلك * وتقرير هذا الكلام أن العقد الموقوف سبب تام في نفسه والتماده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فإذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لأن الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لأنه ليس من ضرورة انتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لأن الأسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك في إثبات الملك للمشتري لأن من ضرورته زول ملكه فيتأخر ذلك إلى وقت الإجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه أن الإشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينمقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقابضا واقرقا ثم أجاز المالكان فحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفو في الصرف بمد الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشتري اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً والقبض بمد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقي في المبيع أو الثمن والدليل عليه ان رجلاً لو قال للغاصب أعتق هذا العبد عني بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولى لان سبب المالك هناك مضمر وهذا مفسح به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجاز له المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله علي اني بالخيار مقرون بالعقد نصاً وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياساً لانه أدخل الشرط على السبب وفي الاستحسان يجعل الشرط داخلاً على حكم السبب فينمقد أصل العقد ويكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال اذا جاء عبدي فله علي ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله علي ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز ففرقنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان في العقد الموقوف يثبت ملكاً يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا ينزل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب علي ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشتري علي ملك في المحل أصلاً ومسئلة المسكره قد منها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول يبيع المسكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشتري بمد القبض ينفذ عتقه والبيع انفسد قبل القبض ضعيف غير تام في حكم الملك كالمدة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف في المحل فلهذا لا ينفذ عتقه وعتق المشتري مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضاً وانما يتوقف بمد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء موجب وهو شراء القريب فانه اعتلق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهي له ألا ترى ان المشتري لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بائنه بحصة العيب من الثمن بخلاف مالو أعتقه فلكون العتق منه للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لا يجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف مالو أجاز الملك العتق لانه باجازه العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازه البيع يمتد محل العتق للمشتري وهو الملك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الناصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمن الناصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشتري يملكه من جهة الناصب وقد بينا أنه لا يستند للناصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة الهب والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذي قلنا فلهذا نفذ عتقه * وان ماتت الجارية في يد المشتري ثم أجاز الملك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لا يصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصوداً بسببه . وان لم يتم ولم يدلم رب الجارية المبيع ولكن الناصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام الملك على بيعها من الناصب ابطال . منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الناصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشتري من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشتري عليه فلهذا لا يصح البيع الاول بعد شراء الناصب وكذلك ان أجاز له قد طراً ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلاً للموقوف اذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاه للناصب أو تصدق بها

عليه أو ماتت فورئها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل
﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فعبيها فأقام المنصوب منه البينة انه قد غصب جارية
له فانه يجبس حتى يجي بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله
يقول تأويل هذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من
اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة فأما الشهادة علي فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المنصوب لان
المقصود اثبات الملك للمدعى في المنصوب ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول ولا بد
من الاشارة الى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة
صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المنصوب عادة وحين يغصب
فانما يتأتى من الشهود معانة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المنصوب فسقط اعتبار علمهم
بالاوصاف لاجل التعمد ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت
ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيجب حتى يجي به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس
الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلهذا يجبسه حتى يجي بها
ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أو قد بتمها ولا أقدر عليها تلوم القاضي
في ذلك زمانا ولم يجعل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة
وفيه نوع ضرر علي صاحبها فبين الملك . مقصود لصاحبها كماليتها وربما يتعلل الغاصب بذلك
لتسليم العين عند أداء القيمة فلهذا لا يجعل بالقضاء بها و ليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك
موكولا الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لا يكون " وهذا انتلوم اذا لم يرض
المنصوب . به بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضي فلم يقدر علي الجارية
فان اتفقا في قيمتها علي شيء أو أقام المنصوب منه البينة علي ما يدعى من قيمتها قضى له القاضي
بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو
منكر لها فان استعطف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي
له بما أقر به الغاصب لان ما زاد على ذلك انتفى عنه بيمينه ما لم يقيم المالك حجة عليه فان
ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكون أو بالاقرار من الغاصب
بما ادعي المالك فالجارية له لاسيلا للمنصوب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب
بعد ما يحلف بخير المنصوب منه فان شاء استردها ورد ما قبض علي الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله إذا كانت قيمتها بدم
ما ظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما إذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في
استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكامله . وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو
الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت
الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضى
الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى
فالجارية باقية على ملك مولاه فيستردها اذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة (وبعض)
التقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا
يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان
ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب
وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك
عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب
للاصحاب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له
الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبائع الموقوف اذا تم بالاجارة يملك المشتري
المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة فالغصب هو عدوان
محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن ينحل
العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة
مثله الى الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين
بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا حكماً
ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير
مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة
فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً وثبوت الحكم في التبع كثبوته
في الاصل سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطاً لغيره . وجه قول الشافعي رحمه الله
الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلاً بالباطل والمعنى فيه أن الغصب عدوان محض لأنه ليس فيه شبهة الإباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك كالقتل. وتأثيره ما قلنا أن الملك حكم مشروع فيستدعى سببا مشروعاً والمدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضياً به وأن يكون مباحاً والمدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لأن هذا ضمان جبراً فيكون بمقابلة الفئات بالغصب والفئات بالغصب يد المالك لا ملكه. فعرفنا أن هذا الضمان بمقابلة النقصان الذي حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلاً عن العين ولهذا قائم لو هشم قلب فضة لانسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلاً عن العين كان صرفاً فيبطل بالاقتراع من غير قبض ولما ثبت أن هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ما هو قائم بل هو بإحياء ما هو فائت ومملكه في العين كان قائماً فلو جملناه زائلاً بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتاً لا جبراً ولو كانت القيمة بدلاً عن العين فهو حلف يصار إليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الحلف يستقط اعتباره عند ظهور العين كماله قلع سن انسان فاستثنى به حولا كاملاً ثم قضى له بالارش قبض ثم ثبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر. وبهذا يتضح جميع ما قلنا فإن الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندهم لا يتحقق في المدبر وبقضاء القاضي بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلاً عن العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وإن تم بقضاء القاضي ينبغي أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر. وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المنصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لأن التصديق بملك الغير إذا كان ماله مملوكه معلوماً لا يجوز ولا يمكن يحفظ عليه عين ماله فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه. والمعنى فيه أن الغصب الموجب للضمان يختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به إذا أمكن كالبيع والصلح. وبيان الوصف أن غصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لأنه ليس بمال وكذلك غصب الحر من المسلم لأنه غير متقوم وتأثيره أن اختصاص السبب بمحل لا يكون إلا باختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذي هو مال متقوم يختص بصحة التملك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما اختصاص بهذا الحكم فإن الفعل الذي

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لا تختص بمحل هو مال متقوم . ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . ألا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كسبه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعي القوات لاحالة لانه انما يجبر الفاتئ دون القائم فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت وما لا يمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم شرطه عليه لاحالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فاعتقه يقدم التملك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطاً في المحل الا أن يكون قوله أعتقه عني سبباً للتمليك مقصوداً * اذا تقرر هذاتين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضاء بالقيمة جبرانا لحقه في الفاتئ ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسناً بحسنه ولهذا لا يشترط التقابض لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطاً لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عني على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المنصوب وان كان هالكاً عند القضاء باقية يصير مملوكاً للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التملك مقصوداً بسببه لا شرطاً لغيره وكذلك يقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيباً (فاما) المدبر ففي تخريبه طريقان * أحدهما ان هناك لا يقول بقاء العين علي ملكه بمد تقرر حقه في القيمة بل يجعل راثلاً عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المنصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا * الثاني أن في المدبر القيمة ليست ببدل عن العين لان ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر في المدبر فيجمل هذا خلفاً عن النقصان الذي حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففي كل محل يمكن اتحاد الشرط لا تتحقق الضرورة فيجمل بدلاً عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط فيجمل خلفاً عن النقصان الذي حل بيده ونظيره فضلان . أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تملك العين وفيها لا يحتل

اتحاد هذا الشرط كالمدير وأم الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح فانه اذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تملك العين وفي كل محل لا يحتمل تملك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حات يده وكذلك اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية يبان أن الاكل بالتجارة عن تراض جائز لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فان المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها حين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك لان من طلب شيئا لا يتوصل اليه الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بمطلوبه ﴿رجل﴾ غصب من رجل جارية فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاه ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد تثبت من حيث الظاهر فان من في يده شيء فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدقه في ابطال حقها ولكنه مصدق فيما يقربه علي نفسه وقد أقر أنها كانت منصوبة في يده وأنه ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلذلك يلزمه قيمتها للمقر له ﴿قال﴾ ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للمقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله علي ان قول زفر يضمن قيمة الولد والمقر وعلى قول أبي يوسف لا يضمن ذلك . وجه قول زفر انه أقر بوجوب المقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهي منصوبة في يده والوطء في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب المقر وكذلك إن أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المقرور وولد المقرور حر بالقيمة وعلي المقرور عقرها للمستحق فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان ما يلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب المقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المنصوبة يوجب الحد علي الغاصب دون المقر وكذلك ولد المنصوبة لا يكون مضمونا علي الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه في الولد وانما امتنع رده لحرية شرعافه وكما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر علي نفسه بوجوب المقر ولا بوجوب قيمة الولد فلا يلزمه ذلك فان كان المدعي أقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولم يذكر المقر

وينبغي أن يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذي هي في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذي أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئا من ذلك **(قال)** لا يستحلفه علي شيء من ذلك إلا أن يدعي الذي هي في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا تهيجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعي عليه مالو أقر به لزمه **(وروى)** عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضاء نفسه . وان أقام الذي هي في يديه البينة علي تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمباشرة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فان تصادق الأول والجارية علي انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان علي ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تمتق لانها أثبتت حريتها باعناق من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشتري علي البائع بالثمن وعلي المشتري العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهي حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام في الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالفرور فلماذا لا يفرم قيمة الولد ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بهالة وبقية الولد والعقر لان حرة الولد هنا بسبب الفرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ علي عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حراً الاصل فلم يدخل في ملك المدعي حتى يجعل عتقه بسبب القرابة . واذا ثبت أن حرية الولد بسبب الفرور فولد الفرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشتري علي البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الفرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به علي غيره **(رجل)** غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فمليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد أتلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متمديا عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئا من ذلك ولكن الام ماتت فله ان يضمه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعاً لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد الى الولد فان اثبات بالضرورة لا يمدو ووضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بمدة موت الام فأما قبل موتها الواجب رد المين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يعني لسلامة المكسب دون الولد لحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكاً للمولى وولده يكون مملوكاً له ينفذ عتقه فيه **(رجل)** غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم مؤجلاً في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القاتل جان على ملكه فهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين اولاً لان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلاً فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض ألفاً قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا نهي ملكه فيلزمه التصديق به كالمربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبذل نفس الحر ويقتص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه اولاً لانه ظهر أن جناية القاتل كانت على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلاً خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لأنها بعد الغصب باقية على ملك مولاهما وموجب جناية المملوك أن يخير مولاهما بين الدفع والفداء وأى ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقبل من قيمتها ومن الفداء لأن ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنابتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولأن الرد لم يسلم حين استحققت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكانه لم يردّها فيرجع عليه بقيمتها إلا أن يكون الفداء أقل من القيمة فينخذ رجع بالاقبل لأنه في التزام الزيادة على الأقل مختار فانه كان يتخلص باختيار الأقل فان كانت مات عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فيدفعها الى أولياء الجناية لأنها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها وإذا دفع القيمة اليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لأن القبول استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولأن استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك إذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فان انهدمت من سكنه أو من عمله فهو ضامن لذلك لأنه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وإن انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم يبنى على السبب وأصل المسئلة لأن العقار لا يضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الأول ومحمد والشافعي رحمهم الله . حجبتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع بأقامة ذي اليد اليينة على أن يده يد أمانة وإذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمقول * ويان الوصف ان النزاة اذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التمدى بآيات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائر والفاسد فيضمن بالغصب كالمقول وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فاما فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين في المنقول الذى يمكن احضاره ثم في العقار لما تمذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنعه من أن يدخل ملكه فيسكن لان ماهو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله في غير المضمون مقام فعله في المضمون في ايجاب الضمان لحاظر البئر في الطريق فعله في الارض دون المار ثم يحمل ذلك قائما مقام فعله في المار الواقع في البئر في ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجبتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه . موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر . وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضاً ثم لا يتحقق في العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب في العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفئات من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل في المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان تبقى مايتقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل في المالك لاني المالك وفعله في المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجه

الحكم فأما النصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكماً ولا يمكن ان صادف الفعل محلاً يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلاً لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجة لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ما هو حد فعل الزنا لا يتحقق في هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذلك يوجب الحكم فيجوز اثباته بطريق حكمي والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلاً في معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجب الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض في باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الي ايجاده بطريق التمكن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالى من اقامة الفعل في المالك مقام الفعل في المال صحيحاً لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تطبيق الحكم بالسبب وهو نقله في نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة. واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تطبيق الحكم بالسبب أصل في الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل في المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكماً ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل في المالك مقام الفعل في المال ولا يدخل على هذا ما قاله في الزيادات اذا وهب لرجل داراً بما فيها من الامتعة فهلك الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحققت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم علي أصل محمد أيضاً لانه يوافقنا في المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه في السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت مفقودة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له ﴿فان قيل﴾ أليس انه لو اشترى منقولاً وحل بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشتري وهذا المعنى موجود فيه ﴿قلنا﴾ لا كذلك فالبيع يوجب المالك واليد للمشتري فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لا توجب التسليم الى الموهوب له فيستقيم أن يحمل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهي يد مفروقة ليد للمالك فتحول اليه بصفته * وأشار في الكتاب الى حرف آخر فقال ﴿ لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فمطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب بأبواب اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لا يحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فيمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا ان أباه مات وهو لا لبس هذا الثوب أو راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقرر على نفسه بالنصب فان البيع والتسليم غصب والنصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار. وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات أنهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى الماضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف للملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بيئته والمقار يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف للملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة. ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فهذا لا يكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة فان المقار يضمن بالجحود في الوديعة وليس فيه اتلاف للملك حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة النصب فلا يكون موجبا للضمان

في المقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ﴿رجل﴾ غصب عبدا أودابه فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لأن وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة ولأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعائد هو الغاصب فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له . وفي الأصل قال قلت ولم لا يكون لصاحب العبد قال لأنه كان في ضمان غيره . وكأنه أشار بهذا التعليل إلى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لأنها حصلت له بكسب خبيث فإن مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتباراً للجزء بالكل ﴿فإن قيل﴾ القيمة دين في ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه أن يتصدق بمثله ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اتصدق بهذا لم يكن حتماً عليه . ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك ثم يصير المالك مبرئاً له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق بموضعه . وإن كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشتري فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لأن الخبث في الغلة ما كان بحق المشتري فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة إلى يده ﴿قال﴾ إلا أن يكون عند الغاصب ما يؤدي به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدي من الغلة لأنه محتاج إلى تفرغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فإذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثله أن كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني عنه وإن كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك لأن وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاك الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فإن كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وإن كان غنياً فعليه أن يتصدق بمثله فكذلك في استهلاك الثمن وإنما قلنا ذلك لأن حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله أن يردها على المالك إن شاء (ثم) الملتقط إذا كان محتاجاً فله أن يصرف اللقطة إلى حاجة نفسه بخلاف ما إذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الفاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجر* وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان
 ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم في العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف
 قيمة العين باختلاف منفعتها فاذا اعتبرت المنفعة لا يجاب ضمان العين لا يمكن اعتبارها
 لا يجاب ضمانها مقصوداً والمنفعة كالكسب وقد بينا في الكسب ان اخراج بالضمان
 فكذلك في المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد في الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند
 ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الاصل المتقدم فان
 المنافع زوائد تحدث في العين شيئاً فشيئاً وقد بينا أن زوائد المنسوب لا يكون مضمونا على
 الفاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعي رضي الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب
 الموجب للضمان عندنا يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا
 لا يتحقق الا بيد مفعولة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور
 كونها في يد المالك ثم انتقالها الى يد الفاصب حتى تكون يده مفعولة ليد المالك فهذا
 لا يضمن المنافع بالغصب عندنا * فأما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لا تضمن بالاتلاف بغير
 عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر في ذلك سواء
 حتى لو استسخر حراً واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ما صنع
 وإلكنه لا يضمن شيئاً وجه قول الشافعي رضي الله تعالى عنه أن المنفعة مال متقوم فيضمن
 بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لا قامة مصالحنا به مما هو عندنا
 والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول
 المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة
 ويؤجر متفرقا لا بتغاء الربح كما يشتري جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح
 منه وبهذا تبين ان المنافع في المالية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط
 صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله في منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف
 الا أنه اذا حبس حراً لا يضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولا اثبات
 يده عليه بل منافع المحبوس في يده كثياب بدنه وكما لا يضمن ثياب بدنه بالمحبس فكذلك
 منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهي متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل أن لا تكون
 متقومة بنفسها ولانها تملك بالمقد ويضمن به صحيحا كان المقد أو فاسداً وانما يملك بالمقد

ما هو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد يتبين الماثلة بين العين والمنفعة في المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف راثمة المسك فان من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا لان الرأحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لا يملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لا يجوز ولا يضمن بالعقد أيضا صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا في ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المبرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المبرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المبرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان المقر منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخروا الميته . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى قوين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود ثلاثي فلا يتصور فيها التمول ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا يديه او اعاره شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لا يسبق الوجود فان المدوم لا يوصف بانه متقوم اذ المدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لا يسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبق وقتين فكيف يكون متقوما وعلي هذا نقول الاتلاف لا يتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لا يحل المدوم وبعد الوجود لا يبق حله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فأما بالعقد ثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به بمقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم انتقوم والاتلاف وفي الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لا قامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان في المالية وضمان العدوان مقدور بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن

بالعين لانه فوقه فكذلك المنفعة لاتضمن بالعين • ويان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم
 بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لاتبقى وقتين
 والعين تبقى أوقاتا وبين مايتبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم والعين لاتضمن بالمنفعة قط ومن
 ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ايضاً والمنفعة لاتضمن بالمنفعة
 عند الاتلاف حتى ان الحبر في خان واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة احدهما
 مثلا للمنفعة الأخرى عند الاتلاف • والمائلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المائلة بين العين
 والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبني على المائلة باعتبار الاصل بل على المراضاة
 وكيف يبنى على المائلة والمقصود بالمقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفي المشروع
 يعتبر الوسخ والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسدا كان المقد أو جائزا فيسقط
 اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان المقد • فأما الاتلاف فمحظور
 غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب
 الاتلاف (فان قيل) يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن اتلاف منافع أموال
 الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم
 أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق
 المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالمية واذا لم يكن بد من
 اصدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اصدار الأصل (قلنا) قد اوجبنا للزجر التعزير
 والحبس فأما وجوب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم
 بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما أتلّف كان ذلك ظلما مضافا
 الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل
 كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهو أنا لا تقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق
 المظلوم لا يهدر بل يتأخر الى الآخرة • ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا في حق
 المتلف فيسقط حقه عنه أصلاً فكان ما قلناه من اعتبار المائلة والكف عن القضاء بالضمان
 بدون اعتبار المائلة اعدل من هذا الوجه • قال (أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند
 الناصب • من ركوبه وأقام الناصب البينة أنه قد ردها اليه ومات في يده فعلى الناصب
 القيمة) لان رب الدابة يثبت على الناصب سبب وجوب القيمة والناصب ينفي ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والدينيات للاثبات دون النفي **﴿﴾** فان قيل **﴿﴾** سبب وجوب الضمان على الناصب ظاهر فهو يثبت بينته ما يبرئه عن الضمان وهو رد فكانت بينته أولى بالقبول **﴿﴾** قلنا **﴿﴾** نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الناصب لجواز أن يكون ركبها بعد الرد فمات من ركوبه فلماذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الناصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الناصب أنه ردها اليه على حالها لان القتل بعد الرد يتحقق من الناصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان على الناصب لان الناصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما اذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الناصب وأقام الناصب البينة أنه ردها فماتت في يد صاحبها فملى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لان الناصب بعد الرد يتحقق فصاحبها بينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه اياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الناصب هنا لما فيها من اثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد والظاهر أنهم انما شهدوا بذلك لانه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الناصب وشهود الناصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ما سبق فان القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه مالم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق **﴿﴾** واذا وهب الناصب الثوب المنصوب لرجل فلبسه حتى تحرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المنصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا **﴿﴾** وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على التاجر بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكننا نقول الموهوب له في القبض والا كل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد . فأما المغرور قنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كن أخبر انسانا أن هذا الطريق آمن فأسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلّف **﴿﴾** وانما الغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع للمنين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن النيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فنفوات ما هو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق
 الموهوب له صفة السلامة ولذا لو وجد الموهوب مبيعاً لا يردده بالعيب فلا يرجع بسبب
 الغرور أيضاً (والثاني) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر
 به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه يرجع به عليه فأما الموهوب له في
 القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئاً ليتأكد ذلك بقبضه
 وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها
 وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف ما لو كان اشتراها فان هناك يرجع
 بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له رجوع عليه بما لحقه ولا يرجع
 بالعقر عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر أيضاً لان البائع قد ضمن له سلامة
 الوطاء أيضاً ولكننا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذي نال تلك اللدة فلا يرجع
 بما لحقه بسببه على أحد وعلى هذا لو أن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه
 المفسوب منه قيمتها رجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر
 في قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة
 لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي
 رحمه الله لان المستعير ضامن للعيز في حق العيز فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان * واذا
 اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلك الغاصب فالبينة بينه رب الثوب لما
 فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره
 الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها
 عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت بانفاقهما واما يدعي رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود
 لم يرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا
 كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعواه وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعي
 والغاصب هو المدعي عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعي فقال البينة علي المدعي
 وبلا لاف واللام يظهر ان جنس البينة في جانب المدعي وجعل اليمين في جانب المدعي
 عليه والبينة لاتصلح بدلا عن اليمين فلا يقطع عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد
 لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا
 بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تخاف الغاصب على ذلك
 فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل
 اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله الى غيره
 ﴿ قال ﴾ ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذي وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعى عليه اما للنفي أو لابقاء ما كان على ما كان وهو
 براءة ذمته فاذا حوات الى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله
 أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته الى اثبات ما ليس
 بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف
 فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى
 غصبتك وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو . روى كان القول قول الغاصب
 مع يمينه لان الاختلاف بينهما فى تعيين المقبوض والقول فيه قول القبض أمينا كان أو
 ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان
 هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان فى تعيين المقبوض القول قوله
 ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع فى رد الوديعة أو هلاكها
 والمدعى يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالتقول قوله مع اليمين فلهذا
 جمع فى اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وبراءت الغاصب من
 دعوى رب الثوب وان نكل عن ايمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كاقاربه
 وعند النكول لا يقضى له بهذا الثوب لانه لا يدعى ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقه
 فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت
 له تلك الصفة بنفى دعواه أصل الثوب فيقتضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان
 شاء تركه . فان جاء بثوب هروى خاق وقال هذا الذى غصبتك وهو على حاله وقال رب
 الثوب بل كان ثوبى جديدا حين غصبته فالتقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب
 حين كان جديدا ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب فى الحال معلوم وعند الغصب
 مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم فى نفسه ولان الغصب حادث فيحال بمحدوثه

الى اقرب الاوقات . فان اقام اليئنة فاليئنة يئنة رب الثوب انه غصبه جديداً لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما يئنة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام اليئنة أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت يئنة كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لا يمنع قبول يئنة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من اليئنة العادلة ولان القاضى ما قضى بان المنصوب كان خلقا وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها . فان كان غصبه ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم في الثوب وقد بينا ان بغصبه لا يسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تمذرتيميز احدهما عن الآخر وتمذرت اتصال منفعة ملك كل واحد منهما على الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالأصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تمذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له ما زاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى مائة حقه ويملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدي من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لا يملك ثوبه منه بقيمته وأن لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مالو هبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فالصبغ الا ان هناك لضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا في هذا الثوب وقد يكون لون الحرة والصفرة نقصانا في بعض الثياب . وذاكر هشام عن محمد رحمه الله قال لو غصب ثوبا يساوي ثلاثين درهما فصبغه بعصفر وتراجع قيمته الى عشرين درهما فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فان كان الغصب جارية صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف مايننا من الصبغ في الثوب فهو زيادة من مال الغاصب لامن العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب منه لانه متبرع في الانفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه * واذا غصب سويقا قلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه لان السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب * وكذلك الدهن اذا خلط به مسكه وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا منتنا كدهن البرز ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه * واذا غصب ثوبا فصبغه اسود فصاحب الثوب أن يأخذه ولا يبطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما أجابا علي ما شهدا في عصرهما من عادة بني العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج الى التزام مؤنة في ذلك رجع وقال السواد زيادة . وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالغصب ونحوه * فان كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ما قاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالوا انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصبه ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب وضمنه ما نقصه القطع لان القطع نقصان فاحش في الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبمد ما قطع قميصا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

الثوب ليس بمال الربا وتضمن النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا
نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه مانقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان
فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنا من احدث أى لون شاء فيه وقد
خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن قلعه عادة وبه يفرق
أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيرا ضمن
الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فبهذا
القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يتمكن في قيمته
نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعهذا الخرق لجميع
ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه مانقصه فعل الغاصب
(وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف
ما لو كان المغصوب عبدا أو جارية فيقطع منه يدا أو رجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع
لان الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل
والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب
بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لو كانت بقرة
أو جزورا فقطع يدها أو رجلها أو كانت شاة فذببحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت
به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ
المذبوح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يضمنه شيئا لان الذبح والساخ في الشاة زيادة ولهذا
يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب
الى الاستفاد باللحم ولكنه نقصان بتقويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار
فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة
فعلية مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احدهما) ان حق المغصوب
منه لا ينقطع عن الدقيق لاعلى معنى انه يتمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة
مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا يقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع فهذا أولى أن لا يقطع حقه (والرواية الأخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئاً * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استقبح أن يأتي مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شيء فهذا قول الشافعي رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعي رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضييع النقصان مع أخذه العيين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العيين كالقطع في الثوب والذبح والسالخ والتأريب في الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى اربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذي رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرهمي عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيفها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخى ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذ ارجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى قل محمد يعني المحبسين فامرهم بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلاً في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن ألتف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انها غيران اسما وهيئة وحكما ومقصودا . وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني انعدام

الاول لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد
 ملكه بالضمان فيجمل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يحمل حادثا بفعله وفعله
 سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والخنطة شبهة المجانسة من
 حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبني على الاحتياط
 لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف النطع في الثوب والذبح في الشاة
 فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلب
 والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل
 تبديل العين فلماذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول : فر للغاصب أن يأكل هذا الدقيق
 وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه . وفي الاستحسان
 وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضى أو يقضى عليه
 بالضمان لما يتنا من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما
 بني على الاحتياط والاكل مبني على ذلك فانما يتم تحول حق المصوب منه الى الضمان بالاستيفاء
 أو بالقضاء فلماذا لا ينتفع به الابدية (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا
 وعند الشافعي رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة في
 الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من
 جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المصوب منه عن الجودة
 والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا . وان وجده
 صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين
 ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة
 عوضا كان هذا في معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز في الاموال الربوية وله
 أن يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا
 أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك . وكذلك
 كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان
 من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المصوب منه في
 الصفة فان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله لانه غيره بصنمه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بايجاب الثل والمكسور للكسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه
 بشئ ويستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أو لم تنتقص لان صفة العين بغير فعله
 وذلك كاف لا ثبات الخيار له الا فيما يكون زيادة فيه على مائتين (واذا) ادعى دارا او ثوبا أو عبدا
 في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذي هو في يديه هو عندي وديعة فهو خصم لظهور
 الدين في يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو
 أعارها أو أجرها أو رهنها منه لم يكن بينهما خصومة لانه أثبت بيئته أن يده يحفظ وهذه
 مسألة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه
 لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح
 على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه
 فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا
 فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يحفظ * وان قال
 المدعى هذا ثوبي سرق منى فالجواب كذلك في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله
 (قوله) سرق منى ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد انما كان
 هو خصما باعتبار يده كما في النصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله
 وقالوا لا تندفع الخصومة عن ذى اليد . ولا تستحسن وجهان (أحدهما) أن قوله سرق
 منى معناه سرقة منى الا أنه اختار هذا اللفظ استدبا الى ما ندب اليه في الشرع من التحرز عن
 اظهار الفاحشة والاحتياط لدرك الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه
 فعل السرقة وهذا المعنى لا يوجد في النصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى
 السر على من تجاهر بفعله (والثاني) ان السارق في العادة يكون بالعدم المرسوق منه فيشتبه
 عليه في ظلمة الليل انه فلان أو غيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك
 شرعا فكان هذا في معنى قوله سرقة منى بخلاف النصب . ولان السراق قلما يوقف على
 أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذى اليد بهذا كان ابطالا لحق
 المدعي لا تحويلا فهو بمنزلة مالم أقام البينة على أنه أودعه رجل لا يعرفه بخلاف الغاصب فانه
 يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي (رجل)
 غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم
 الكفيل الا عشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلا ذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المصوب
 فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول
 المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على
 الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع
 على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ما قيمته الا عشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه
 عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا
 فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات
 وصف مقصود منها وهو الشباب فلي الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك
 لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بهض ما هو مقصود منه وهو قوة
 الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف ما لو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند
 الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا
 عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال المنبت كمال الدية والغاصب
 باز زيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فنسى ذلك عند الغاصب كان ضامنا
 للنقصان لانه فات ما كان مقصودا منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم
 العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لا يثبت به حق الرد باليبس ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا
 وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته
 فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا * وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده
 واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان * ولو
 غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان
 دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه
 بتضمين المثل إلا أن يرضى للمالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شيء له سواء ﴿رجل﴾
 غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفور
 فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان
 عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفا قائما بملك غيره فمرقنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أو قيمته أن كان لا يوجد مثله والسواد في هذا كغيره عندهم جميعا لأن السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان في الثوب عند أبي حنيفة وإذا ضمن لصاحب العصفور عصفوره ملك المضمون وصار في الحكم كأنه صبغه بعصفور نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففي القياس كذلك لأنه مستهلك للصبغ بما صنع فيقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن في الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمه قيمة صبغه لأن ملكه صار وصفا للملك فلا يكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولأنه إذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالإذن منه في الابتداء فلماذا كان له أن يأخذ الثوب إن شاء وإن شاء ضمته الصبغ لأنه مستهلك من الوجه الذي قلنا وإذا ضمته كان بمنزلة مالو صبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا . ولو كان الثوب مغمصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففي القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لأن صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه ولأن الغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ إذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفي الاستحسان إذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لأن عين ماله قد احتبس عنده وإن لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ إنسان . ولهذا نوجب السماية في العبد المشترك يمتقه أحدهما لأن نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وإن لم يوجد منه صبغ في ذلك وإن شاء صاحب الثوب باعه فضرر هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كمالو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فإن غصب من واحد حنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لأنه تعذر على كل واحد منهما الوصول إلى عين ملكه فإن تميز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالتعذر والتمتع لم يبين في الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة أو بالشعير وعلى قول أبي يوسف ومحمد لهما الخيار أن شاء أخذ المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وإن شاء تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لأن عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلا شيء يتكرر بجنسه وكذلك في الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأتى التمييز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة
فلذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمن ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة
فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا . وأبو حنيفة يقول
بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر
سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن
يسمى كرا والمكيل والوزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب
خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كاه ففرقنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب
حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا
ثبت لكل واحد منهما حق التضمن مع امكان التمييز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ
واذا صار ملك كل واحد منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك
له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك
أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لا قرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان
الحكم يضاف الى المحل عند تمذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم
يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمي
وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه في المخلوط يصير مضافا اليه وعند انعدام الفعل يكون
مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما * ولو غصب من آخر كتانا ففزره ونسجه فمليه
مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله ولا سبيل له على الثوب . وكذلك ان غصب قطنا ففزره
ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول أبي يوسف الآخر وهو قول
الشافعي رضى الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا في الخنطة اذا طحنها
لانه لا فرق بين الفصلين في المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهما جمع
الاجزاء المنفردة بالنسج فكما لا يبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لا يتبدل بجمع المتفرق
وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لا ينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار
ولكننا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى . أما الصورة فالغزل خيط ممدود
والثوب مؤلف مركب له طول وعرض . والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث
المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذكوع ليس بمال الربا وبعد

النسيج لا يتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فن ضرورة حدوث الثاني انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الناصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمن النظر فيه ويتحقق ذلك في البرسيم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لا تبدل العين ولهذا بقي موزونا يجرى فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولو غصب ساجة فجعلها بابا أو حديدًا فجعله سيفًا ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للناصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بناءه أو آجرًا فأدخله في بناءه أو جصا فبني به فعليه في كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض بناءه وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعي رحمهما الله في هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . ويان هذا ما ذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع في الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد في الثمن يجوز فوجه قولهم في ذلك ان الناصب قادر على رد عين المغصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الناصب جاز ولو صبر المغصوب منه حتى نقض الناصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المغصوب مستحق شرعا فادام الرد جائزاً يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * وحجتنا في ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للناصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الناصب بإيجاب قيمة

الصبغ له وهذا الوصف غير متقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فيتين دفع الضرر
 هنا بايجاب قيمة المنصوب حقاً للمنصوب منه ليتوصل هو الى مالية ملكه ويبقى حق
 صاحب الوصف في الوصف مرعياً وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في
 الاضرار بالفاصل اهدار حقه وفي قطع حق المنصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه
 لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو
 نظير مسألة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الفاصل
 فاذا رضي فقد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب أصل والفاصل صاحب
 وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجز لحق صاحب الوصف وهو
 جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان
 ملكاً للمنصوب منه مقصوداً والآن صار تبعا للملك غيره واتباع غير الاصل ولهذا صار
 بحيث يستحق بالشفعة بعد أن كان منقولاً لا يستحق بالشفعة وانعدم منه سائر وجوه
 الانتفاع سوى هذا فعرفنا أنه قائم من وجهه دون وجهه والقائم من كل وجه يترجع على
 ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجع الاصل اذا كان قائماً من كل وجه كما
 في مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة
 كما كان من قبل فلذا رجحنا هناك اعتبار حق صاحب الساجة * ولا يدخل على شيء مما
 ذكرنا اذا غصب ثوباً فقصره لانه ليس للفاصل في الثوب وصف قائم متقوم والقاصرة
 تزيل الدرن والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن * ولا يقال أليس ان
 القصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار أثر عمله في الممول لا باعتبار قيام الوصف
 في العمل للممول بعمله وذ كر الكرخي في مسألة الساجة أن موضع المسئلة فيما اذا أدخل
 الساجة في بناءه جان بني حولها لا عليها لانه لا يكون متعدياً بالبناء في ملكه فأما اذا بني على
 الساجة فهو متعدي في هذا البناء والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في مسألة
 الساجة ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب
 بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعدي لان عمله في
 ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح
 ما قلناه * وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمره الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا يثبت الزرع فلما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحادث شيء آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بنى عمل الزارع وهو في معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البثر يضاف هلاكه الى الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو علة ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الى الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزرع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه واكتنا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل في الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلا اعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة^(١) ففرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدي الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد في الأرض فكان الزرع والشجرة كسب انما صلب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما في الحنطة اذا طحنها . وفي ظاهر الرواية الجواب في

(١) التالة بالثناة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسئلة
الزرع سواء والمغايرة بين القرخ والبيضة لا تشكل على أحد لأن هذا حيوان وذلك
موات ولا يدخل على شيء من هذا إذا غصب شجرة وقلمها وكسرها لأن القلع نقصان
محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ما هو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الخطب
فهو كسئلة الشاة إذا ذبحها وسلخها **(مسلم)** غصب خمرًا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه
لأن الخمر ليس بمال متقوم فإن الشرع أفسد تقويمه حين حرم تموله وإن جعلها خلا فلو رب
الخمر أن يأخذها لأن بفساد معنى التمول والتقوم لا يخرج من أن تكون مملوكة للمسلم إذا
الملك صفة للعين واليمين باقية ولهذا جاز له إمساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فإن
خلطها الغاصب من غير القاء شيء فيها فالعين باقية على حالها إبقاء البيضة كما كانت وإن ألقى
فيها ملحًا فالملح صار مستهلكًا أيضًا وإن صب فيها خلًا فهذا خلط إلا أن الخلط إنما يزيد ملك
المفصوب منه بشرط الضمان وإيجاب الضمان هنا متعذر لأن الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك
فهذا كان شريكًا في المخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على
وجهين. أما إذا ألقى الجلد صاحبه فأخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لأن صاحبه ألقاه تاركًا له
بمنزلة من يلقى النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك إنسان وينتفع به فإنه يكون مباحًا له. وأما إذا
غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشيء لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا
يمطى الغاصب شيئًا لأن ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا
أن صنمته إنما تعتبر إذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل إلى الضمان وهذا غير ممكن هنا لأن
جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك. وأما إذا دبغه بشيء له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما
أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن ما زاد الدباغ فيه لأنه عين مال قائم للغاصب
بنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمن قيمته هنا بخلاف الثوب لأن
الثوب بدون الصبغ كان مالا متقومًا والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقومًا حتى ذكر في
كتاب الإجازات لو غصبه جلدًا ذكيا فدبغه بشيء له قيمة فإن شاء صاحب الجلد ضمنه
قيمة الجلد غير مدبوغ وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لأن الجلد الذي مال متقوم
قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء. وإن غصبه عصيرًا فصار عنده خمرًا فله أن يضمه قيمة
العصير لأن المفصوب كان مالا متقومًا وبالتخيير يصير هذا الوصف منه مستهلكًا ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصة بعد انقضاء أو ان العصير فأما في أو أنه يضمنه مثله لأن
العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلافاً فان شاء أخذ الخل وان شاء
ضمنه قيمة العصير لان الدين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الخلاوة الى صفة الحموضة
فان شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لان العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت
فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذ كر هذا الخيار قبل التخلل . فمن أصحابنا رحمهم
الله من يقول لا خيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الحر عوضاً عما استوجب
من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضاً بطريق أنه يكون
مبرئاً عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر ~~رجل~~ رجل
له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل أيضاً وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا
يمرفه قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان
عند أبي حنيفة أيضاً . فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكاً للخالط وحق كل واحد
منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ماله لحقهما ووجه الاستحسان ان المخلوط وان
صار مملوكاً للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول
البديل اليهما ألا ترى أنه لا يحمل للخالط الانتفاع بالمخلوط . ما لم يؤد البديل اليهما واذن بقي حقهما
فيه قلنا يباع لا يفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع
في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشتري لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة
حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة
تنقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي
دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال
صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال)
وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التمييز أو يتعذر فان اختلفا
في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشتري فالقول في الحنطة قول
صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه
وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكراً للزيادة التي
يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار ما يزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل
 أقام رجل البيئة أنه ثوبه غصبه إياه هذا وأقام الذي في يديه البيئة أنه وهبه له (فقال) أفضى للذي
 هو في يديه لأنه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك. ولأننا نجعل كان الأمرين
 كأننا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البيئة على البيع منه ثمن مسمى
 أو على إقراره أنه ثوبه لأن البيع والإقرار بالملك بعد الغصب يتحقق فتقبل البيئتان جميعاً
 (وان) كان في أيديهما جميعاً فأقام كل واحد منهما البيئة أنه ثوبه غصبه الآخر إياه قضيت
 به بينهما نصفين لأن كل واحد منهما يثبت على صاحبه أنه غصب ما في يده منه وفي يد كل
 واحد منهما نصفه فكان بيئة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه أولى بالقبول فهذا قضى
 لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه * فإن أقام رجل البيئة أنه ثوبه استودعه الميت
 الذي هذا وارثه وأقام آخر البيئة أنه ثوبه غصبه إياه الميت قضيت به بينهما لأن كل واحد
 منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب أن وصوله إلى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا
 ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لأن الضمان للآخر ثابت أيضاً فإن المودع إذا مات
 مجهلاً للوديعة يكون ضامناً ولأن المقصود إثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع
 بقاء العين * وإن جاء بالبيئة على دراهم بعينها أنها ماله غصبها إياه الميت فهو أحق بها من غرماء
 الميت لأنه أثبت بالبيئة ملك العين لنفسه فإن الدراهم تعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب
 إمساك العين ورد المثل وحق الغريم إنما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال
 المغصوب منه * وإن أقام رجل البيئة أن هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البيئة أن ذا اليد
 أقرب به له أفضى به للذي أقام البيئة أنه ثوبه غصبه إياه لأنه أثبت الملك لنفسه بالبيئة وأثبت
 أن ذا اليد كان غاصباً والآخر إنما أثبت بيئته إقرار الغاصب له بالملك وإقرار الغاصب ليس
 بحجة في الاستحقاق على المالك ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فأودعه عند آخر فهلك عنده
 فلصاحبه أن يضمه أيهما شاء لأن كل واحد منهما متمد في حقه فإن المالك غير راض بقبض
 المودع فهو كالغاصب في حقه فإن ضمن المستودع رجع على الغاصب بما ضمن لأنه في
 حفظ العين كان عاملاً له وكان مغروراً من جهته حين أخبره أنه ملكه وأنه لا يفرم شيئاً
 أن هلك في يده * ولم يذكر أن المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فردّه
 عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل * والجواب * أنه لا سبيل للمالك عليه إلا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامناً للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الناصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه . ولكننا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصلت اليه من جهته فالعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الناصب العين على مالكه (واذا) قال الرجل لا آخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الناصب ما غصبتكها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول الناصب مع يمينه لانكاره مادعا فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب في الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لا قراره بغصب الظهارة وقراره حجة في حقه فكان غايتاه غصب الظهارة وجعلها جبة . وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشولي لم يصدق لانه رجع عما أقربه فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فصه لي أو هذه الدار ثم قال بناؤها لي أو هذه الارض ثم قال شجرها لي أو أنا غرستها لم يصدق علي شيء من ذلك لكونه راجعاً فان البناء والشجر تبع للأصل فيصير مذكوراً بذكر الأصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوت في الأصل والفصل في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فما أقربه لغيره * وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لي أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لي فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعاً للام فاقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا . وقد بينا هذا الفرق في الدعوي فلا يكون هو في دعوي الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكاً بما هو الأصل وهو ان ما في يده فالظاهر انه ملكه إلا ما يقربه لغيره * رجل غصب من رجل ثوباً ثم ان الناصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تحرق ولم يعرفه فلا شيء له على الناصب . وكذلك المكييل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالناصب بريء عن الضمان عندنا وفي أحد قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ لانه ما أتى بالرد المأمور به فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والناصب لا يستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ما أعاد الي ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصراً في حكم الرقلو جعلنا هذا رداً تضرره بالمغصوب منه لانه اقتدام على كل بناء

علي خبره انه اكرم ضيفه ولم علم انه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقى الضمان علي الغاصب . وحجتنا في ذلك أن الواجب علي الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك . أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتاً . ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكناً من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لا يكون مبقياً للضمان في ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطه كما ان جهل المتلف لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه * وقد بينا ان الفرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر ما يكون في ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضاً ولان أكثر ما في الباب أن لا يكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المنصوب منه عين المنصوب كاف في اسقاط الضمان عن الغاصب . ألا ترى أنه لو جاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه . وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى التبيذ إياه لا يكون رداً للعين المنصوب منه ولا أداء الضمان . وكذلك كل ما يشبهه كالذبيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته . وكذلك اذا غصب صفراً فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكاً وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسماً وحكماً ومقصوداً فلهذا لاسبيل له علي المصنوع وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لا يباع وزناً أما اذا كان يباع وزناً يذنبى أن يكون للمنصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما بينته فان كسر صاحب الصفرة الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفرة فطيه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المنصوب منه الصفرة في كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثاً بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبمده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المنصوب منه استوجب عليه قيمة الصفرة والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان

ويترادان الفضل * فان غصب فضة فضر بها دراهم أو صاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله هذا والحديد والصفير سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان
 البقرة لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدرهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة
 فان هذا موجود في الحديد والصفير ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الإناء حادثاً
 بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغصوب منه أن يأخذها ولا أجر
 للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفير . وبهذا
 الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل
 لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدرهم
 والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بلة
 الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم
 الصنعة لا حكم العين ولهذا يقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة . في هذا الحكم كالذهب
 والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر
 على المغصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من
 الاصل وبه فارق الحديد والصفير فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال
 الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان
 غصب حنطة فاستهلكها ثم باعها بشعير أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل
 القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته ويبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما
 كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط
 قبض ما يقابلها في المجلس فلا تنعدم الدينية من الجائنين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن
 يأخذ ما بدا له بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز والمسلم
 فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض
 فيه أصلاً في الإبراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن في البيع * واذا غصب رجل دابة من
 رجل فاقام صاحبها البينة انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه
 وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بينة
 المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب وافقت على أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نضراني خمرآ فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا
وقال الشافعي لاضمان عليه وكذلك الخنزير . وجه قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن
بالاتلاف حقاً للمسلم فكذلك للذمي لأن حقوقهم دون حقوقنا وهذا لا نابعد الذمة انما
ضمننا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير . واجاب ضمان القيمة على المتلف أمر وراء ذلك
تحقق هذا أن ترك التعرض لا اعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم
لا يكون حجة على المسلم المتلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبراً في حقهم ولهذا لا نجد لهم
على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضاً . والدليل
على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي اذا مات عن ابنتين احدهما امرأته
فانها لا تستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشئ من
الميراث علي الاخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد
انه مال متقوم وانه حق في اعتقاده ثم لم يصير اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف
الا أن هناك تعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ماضياً ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا
في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به
أهل الذمة من الخمر فقالوا نشرها فقال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخدوا العشر من ثمنها فقد
جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر) أبو
عبيدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن اقتلوا خنازير أهل
الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيب منه علي انه مال متقوم في حقهم
يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك
في شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث
قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان)
الى قوله تعالى فهل أنتم متتهون) فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي
ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم
ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا ان تركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب
عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الازلام بالسيف والحاجة لمكان عقد
الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم علي ما كان . ألا ترى ان من

شرب الحمر من المساميين بعد ما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتباً بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعد ما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة و جاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس في هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمييد بمقوبة الآخرة والخلو في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساد ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لاننا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل وهذا الشرط لم يثبت في حقهم مع اننا لما ضمننا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبغي على ذلك فكان هذا من ضرورة ما ضمنناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ما ضمننا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا بينهم لاننا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم في ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد ولا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوذة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمنهاله بالنصب والاتلاف وهو قول أبى يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لا يضمنها كالميتة والدم لانها ليست بمال في اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبني أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا في حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبني ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والمذنب عن فضل الميراث بالزوجة يبناه في النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلّف متروك التسمية عامداً على شفيعى المذهب لان ولاية الاثر بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (ولو) غصب نصراني من نصراني خمرًا فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند المعجز عن أداء المثل
 وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تملك الخمر من غيره بموضع ولهذا جازت
 المباينة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شيء له على المستهلك لان
 الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم * ولو احتبس عينها عند النصراني له بالغصب والاستهلاك
 لم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ماصار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئاً له عما كان
 له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوماً في حقه ومن أن يكون
 متمكناً من قبضه وكذلك لو أسلم معاً لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب
 وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمه الله
 الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمه الله
 على المطلوب قيمة الخمر . وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان
 يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد
 ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف
 اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضموناً في يد المسلم
 فكذلك يجوز أن يكون مضموناً في ذمة المسلم . وبهذا بين انه ليس في اسلام المطلوب معنى
 البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضموناً في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه
 مبرئاً بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً
 للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضاً بخلاف النكاح
 فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام
 الطالب مبرئ من حيث تمذر ابقائها في الذمة أو مضموناً في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن
 هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط
 وجوبها صحة التسمية لابقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى
 مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب
 الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب . وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب ديناً في ذمته
 فلا يمكن إيجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن إيجاب القيمة عوضاً عما كان في الذمة
 لان شرطها تملك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر على تملك الخمر من المسلم بموضع كما ان المسلم

لا يملك الخمر بموض فلا نعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كمالو هشتم قلب فضة إنسان
ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له أن يضمن الكاسر شيئاً لأن شرط
تضمين القيمة تملك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقلون لأن وجوب
القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو النصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار
الجنابة من غير أن يكون موجباً للملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر * وان غصب
خزيراً فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلماً فطيه قيمته لأن بنفس الاستهلاك وجبت القيمة
هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يتمتع بقاؤها في
الذمة واستيفائها بعد اسلامها أو اسلام أحدهما * ولو غصب مسلم من مسلم خمر أو فطما
خلا ثم استهلكها فطيه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان
له أن يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه
امانة كانت عنده أو مضومة * وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبته بشيء لا قيمة له ثم
استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير
أن يعطيه عوضاً . ومن أصحابنا رحمه الله من يقول يضمنه قيمته طاهراً غير مدبوغ لأن
صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة
وذلك غير حاصل بفعله بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة . وأكثروا على أنه يضمنه
قيمه مدبوغاً لأن صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا ينرم
باعتباره شيئاً واذا صار أصل الجلد مضموناً عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلطه
فأما اذا دبته بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويعطيه ما زاد الدباغ فيه * وجه قولهما ان الجلد
باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الناصب ولكن يشترط ان يعطيه
ما زاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامناً كالثوب المنصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا للمعنيين
(أحدهما) ان الاستهلاك جنابة موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي
الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب الا أن هناك السبب الأول
وهو النصب غير موجب للضمان أيضاً فله أن يضمنه بأي السببين شاء وهنا الأول وهو النصب
موجب للضمان فيتعين التضمين بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه

غيره كان للمفصوب منه ان يضمن الاستهلاك ويمطى الناصب ما زاد الدباغ فيه (والثاني) وهو انه لما بقي الجلد مضمون الرد عليه واذا تمرد رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستمار اذا فوت المستير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بنير صنعه * وكذلك لو ديفه بشيء لاقية له أو جعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك في يده * وحجة أبي حنيفة رحمه الله في ذلك ان المفصوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الناصب ببدل استوجه الناصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم * وتقريره من وجين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان طيه باعتبار ملازاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقي حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفي بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا ديفه بشيء لاقية له لان الصنعة ما بقيت حقا للناصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يحبسه ولا يرجع بدله وكذلك الخمر اذا خلاه (والثاني) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للناصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بنيره يترجع على مالم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجع واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الأصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا في صفة المالية رجعنا ما هو الأصل . واذا ديفه بشيء لاقية له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجعنا جانب الأصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الأصل حتى مكناه من أخذه . ويملك الوصف على الناصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الأصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبه فاما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ في معنى المالية والتقوم يترجع على

أصل الجلد فيعتبر ذلك في إيجاب الضمان • يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدباجة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ما هو واجب له علي غيره • ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يفرم شيئا فإذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا فإذا تعذر إيجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدباجة حكما فيعتبر بالوكان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قال لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المنصوب منه للناصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك في يد الناصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا رحمهم الله • وقال زفر هو ضمان للقيمة لأن الإبراء عن العين لغو فإن الإبراء إسقاط والعين ليست بمحل له اذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا وإضافة التصرف الى غير محله لغو • ولكننا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أي عما وجب لي عليك بسبب الغصب بمنزلة إبراء المحمي عليه الجاني عن الجنابة وإبراء المشتري البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عندهلاكه وذلك قابل للإسقاط فيسقط عنه وإذا سقط عنه ذلك بقي العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الإبراء فكذلك اذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية خبلت عند الناصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبي حنيفة رحمه الله على الناصب ضمان قيمتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الناصب ضمان النقصان لأن الرد قد صح مع الحمل ولكنهما معية بعيب الحمل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الناصب ثم ردها فهلكت أوزنت عند الناصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الناصب الا نقصان عيب الزنا • وكذلك المبيعة إذا سلمها الى المشتري وهي حبلى فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الناصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذي قبضها ولما هلكت بالسبب الذي كان عند الناصب يحمل في الحكم كأنها هلكت عند الناصب كما لو جنت عند الناصب ثم ردها فدفت في الجنابة فانه يضمن قيمتها ويحمل كانه لم يردّها أصلا بخلاف الحمى لأن الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان

عند الناصب انما كان لضف الطبيعة عن دفع آثار الحمى التوالية وذلك لا يحصل بأوله الحمى عند الناصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الناصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الأول . بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطا لاثمة له فلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذي كان عند الناصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب في الولادة السلامة فانما علي الناصب نسخ فعله وذلك في أن يردده كما قبضه ولم يوجد ذلك . ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشتري فأت من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الناصب اذا قطع يدها ثم ردها فأت من ذلك . ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هي قد تعبت في يد الناصب بعيب الزنا والحبل جميعا . ففي القياس يضمن الناصب نقصان العيب وهو قول محمد رحمه الله . وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الأقل في الأكثر . وكذلك عند أبي حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الأقل في الأكثر كما في نقصان البكارة مع المقر الواجب بالوطء فانه يدخل الأقل في الأكثر لاتحاد السبب فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم

— كتاب الوديعة —

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء . الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه . وبعد القبول عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل في سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا ائتمن خان . على الموحدين أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام . فان وضعها في بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المفل ضمان ولا على المودع غير المفل ضمان . فالمراد بالمفل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المفل المنتفع من قولهم أرض مفل أي كثير الربيع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه . وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدي . وقال على رضى الله تعالى عنه لا ضمان على راع ولا على مؤتمن . والمعنى فيه أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ابن هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع . فان دفعها الى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه اذا هلك استحسانا . وفي القياس هو ضامن لانه استحفظ من استحفظ منه . ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء فان كان هو منها عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره * وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بدا من هذا فانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يحمل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكماً وما لا يمكن الامتناع عنه عفو * وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة فأما الاجير لعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه . فاذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يحمل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل في المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة وما بقي على الشركة باعتبار أن الهالك يحمل كأن لم يكن (وان) فكل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحاً أو دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير في ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا يندم بالحجر بسبب الصغر * ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بنفسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه * وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط * وخلط يتيسر معه التمييز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بخرج والمتسر كالمتعذر كما ينه في القصب * (فان قيل) تمييز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير قلنا في هذا إفساد للمخلوط في الحال . اثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فعرفنا أن التميز متمدر بهذا الطريق أيضاً وكذلك خلط الجياد بالزبوف إن كان بحيث يتمدر التميز أو يتعسر فهو مسوجب للضمان على الخالط وإن كان بحيث يتيسر التميز لا يكون موجبا للضمان عليه * يقول فإن لم يظهر بالخلط فقال أحدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لأن الحق لهما فإذا تراضيا على شيء صح ذلك في حقهما وإن أبي ذلك أحدهما فإنه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة ولشهير على التفسير الذي يبناه في النصب قبل هذا الجواب . إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما علي ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقها في ذمته فلا يباع ماله في دينها لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح أنه قولهم جميعاً لأن ملكهما وإن انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل إلى كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقها يكون لهما أن يستوفيا حقها من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيمين وقسمة الثمن إذا لم يتراضيا على شيء * وإذا كانت عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شيء من المكيال أو الموزون فانفق طائفة منهما في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقي منها لأنه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فإن هذا مما لا يضره التبعض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق أحدهما لا يكون ضامناً للأخرى . فإن جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامناً لجميعها لأن ما أنفق صار ديناً في ذمته وهو لا يتفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطاً لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه * فإن كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفق بأنه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها إياه وفي الثمن فضل قل يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من انفضل لأنه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لأنه بالضمان قدم ملكه مستنداً إلى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذي به فكان هذارباً حاصلًا على ملكه وضمانه فيطاب له كما في حصة ملكه وهما يتقولا لأن هذارباً حصل له بكسب خيئ فإنه ممنوع من بيع الوديعة

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ما قلنا والربح
 الحاصل بكسب خيـث سبيله التصديق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه
 وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة
 السكـناني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمى أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يا معشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها
 اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة . فعملنا بالحديث في ايجاب التصديق بالفضل وهذا اذا
 كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدرهم يشتري بها ثم ينظر ان يشتري بها بعينها
 وتقدها لا يطيب له الفصل أيضاً وان اشتري بها ونقد غيرها أو اشتري بدراهم مطلقة ثم
 تقدها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو
 أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالتبض يتعين نوع معين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض
 من البائع ليعطيه مثلاً فهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المنصوبة
 لا يطيب له الفضل وكذلك ان اشتري بها ما كولا وتقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل
 أداء الضمان ولو اشتري بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها وفي النوادر
 لو اشتري ديناراً بشرة دراهم ونقد الدراهم المنصوبة لم يحل له أن ينتفع بالدينار مالم يؤد
 الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت
 كالقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف ما لو تقدها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هناك لا يبطل
 الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان * وعلى هذا قالوا لو غصب ثوباً واشتري به جارية
 لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية * ولو تزوج بالثوب المنصوب
 امرأة حل له أن يطأها لان المنصوب منه اذا استحق الثوب لا يبطل النكاح ولا التسمية
 (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فردّه الى موضعه ثم ضاعت الوديعة ولا
 ضمان عليه لان رفته حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه * بقي مجرد نية الاتفاق في حاجته
 وبمجرد النية لا يصير ضماناً كما لو نوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه
 وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون
 يقولون كاهولاً أي كاد يمسي فصحهم والمصوم لا يعاقب بمقربة من عصى . ولئن صار ضماناً
 يرضع فقد عاد الى الوفاق برد العين الى مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا على ما بينه بخلاف

ما سبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما اتفق ولهذا لا يكون عوداً الى الوفاق
 فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجين عندي
 فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب
 الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى
 تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة ان البيع
 نافذ فمرقنا ان الالوجه هو الطريق الثاني (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد
 رددتها عليك فانقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لا نكاره السبب
 الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذي
 سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفي التهمة عنه * وكذلك لو
 سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدري كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه
 ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعي عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق
 إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت ففهم
 من يقول هو ضامن لما لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامناً بخلاف ما اذا قال
 ذهبت ولا أدري كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا
 معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامناً لانه مخبر بهلاكها
 محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدري كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب
 معلوم من هذا اللفظ لاحالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكنى
 في براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو
 كقوله رددتها عليك لان يد من في عياله لما جعل كيده في الحفظ فكذلك في الرد يد من
 في عياله كيده فلا يصير بهذا مقراً بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك
 مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبي ليلى رحمه الله
 لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه
 الذي يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من
 غيره فلا يصير ضامناً بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع
 أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون
ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في
يده فما في يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل
الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه
فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول
المفصوب الي يد صاحبه * وكذلك العارية في جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفي هذا بيان
أن المستعير ليس له أن يودع أجنبيا كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان
للمستعير ان يعير فيما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به وفي الاعارة ايداع وزيادة ولكن
الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو
المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه
فأما ايداعه من الغير فهو تصرف في العين ولاحق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه
كالايداع من المودع * فان قال بئث بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعها اياه ثم ردها
علي فضاقت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان
عليه ثم ادعى ما يسقط عنه فلا يصدق كالفاسد اذا ادعى رد المفصوب فان أقام البينة علي
ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو
مذهبنا فان المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه
لا يبرأ وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزع فهلك وحجة الشافعي قوله صلى
الله عليه وسلم علي اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة
عليه حتى لو هلك في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد علي المالك ولم يوجد ولان الوديعة
تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم
اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك الخلاف ما لم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان
الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه
ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع مسيرده
من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يدعاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد
أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلاً أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا
 يبقى العقد بعد فوات موجهه. ولأن الانسان انما يأتمن الامين علي ماله دون الخائن ومطلق
 العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بتقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل
 الخلاف لا يبقى بعده * وحجتنا في ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان
 الوصف انه قال احفظ مالي أو قال احفظه أبدا ولا يشك كل على أحد أن هذا اللفظ يتناول
 الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لأن بطلان الشيء بما هو موضع لا بطلاله أو
 بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لا بطل الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ
 مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس
 برد لأن الامر قول ورد القول بقول مثله ولأن الخلاف يكون في حال غيبة المودع ولو
 قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرد. ولأنه تصرف في حفظ الواجب بالأمر على خلاف
 ما يوجب به وليس بتصرف في الأمر وصحة الامر كأن يكون الأمر أهلاله وكون الحفظ
 مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لأن الجاحد
 يكون متمسكاً للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه
 أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر
 (وكذلك) في أوامر العباد اذا وكله ببيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة
 مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالإيداع. وعذره ان البيع لا يستغرق
 المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض
 المدة هنا وهناك حتى يصير ضامناً * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم
 لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف
 لأن بطلان العقد عنده بفوات العقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم
 وغير اللازم فيما هو رد. ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث
 شيئاً فشيئاً فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك التقدير ويكون باقياً فيما وراءه كبقاء
 العقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الى مكان فقد قال بعض أصحابنا
 رحمهم الله ان استأجرها ذاهباً وجائياً يبرأ عن الضمان بالمود الى ذلك المكان فيصير ضامناً
 بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالمود الى ذلك المكان لا يمود العقد بينهما * ولو سلمنا

فقول العقد هناك يرد علي منافع الدابة في ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان
يفوت المقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم
يفت جميع المقود عليه انما وقع التغير في التسليم في بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في
المصر فاذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل
عليها حملا آخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المقود عليه وتمكن التغير
كان في الاستيفاء ولان المستأجر ضامن بالامساك لافي المكان المأمور به وهو في
الامساك عامل لنفسه * ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه
بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد
زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف على ما قال في
الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا
جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد
الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل في حالة الخلاف كان العين في يد المالك
والمستعمل متشبث به فان هلك من عمه ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا
اختيار الهندواني رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك في حالة الخلاف سواء كان من
استعماله أو من غير استعماله * وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك
لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه * ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف
أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك ففرقنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا
تقويت المقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشيء يتقدر بقدره قويا
وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم
الانشاء * ولو أودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك
هنا * وتبين بهذا ان استرداده يد عاريته كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا
له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحد الايظن بصاحب المال أن
يقول احفظ مالي ما لم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت
فترك الحياطة واحفظه لي لان مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده
والحاجة الى ذلك في حالة الخلاف أظهر * واذا طلب المودع الوديعة فجدها المستودع

كان ضامناً لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار متمسكاً بالشرع جعل القول قوله
 فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان ولأن المالك عزله عن الحفظ
 حين طلبه بالرد فهو بالجحود صار مائناً المالك عن ملكه ففوتاً عليه يده الثابتة حكماً فيكون
 كالغاصب ضامناً بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب إذا جحدتها لافي وجه المودع . فان
 قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدتها أو جحدتها في وجه المودع من غير أن
 يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك لي شكره على حفظها فجحدتها . وذكر
 النصين في اختلاف زفر ويقتوب رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامناً لما ذكرناه
 بالجحود متمسكاً لها وفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لا يكون ضامناً لأن المالك
 ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقياً وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولأن الجحود
 في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجباً للضمان
 عليه . فان أقام رب الوديعة البينة بعد جحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة
 انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر
 عليه الضمان . وكذلك ان أقام البينة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البينة لا تقبل إلا بعد
 تقدم الدعوى . وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الإيداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله
 فلماذا لا تقبل بيئته إلا أن يقر المودع بذلك فحينئذ لا ضمان على المودع لان الإقرار موجب
 بنفسه في حق المقر ولأن المناقض اذا صدقه خصمه كان مقبول القول . وان قال لم تودعني
 شيئاً ثم قال قد أودعني ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا ان جحوده أصل الإيداع يمنعه
 من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه . وان قال قد أعطيتكمها ثم قال
 بعد أيام لم أعطكمها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها . وطمع عيسى في هذا وقال لا ضمان
 عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الأفراد لم يكن ضامناً فبمجموعهما
 كيف يصير ضامناً . وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعي سبباً لعمالة ولم
 يوجد لان قبضه بأذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثاني) ان قول المودع
 رددتها أو هلكت معتبر في نفي الضمان عنه لافي ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على
 الرصي لم يضمن الوصي شيئاً واذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما
 هو المقصود لا يكون ضامناً شيئاً . ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار
كلامه للتناقض فيبقى ساكتاً ممتنعاً من رد الوديعة بعد ما طوب بها وذلك سبب موجب
للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعني ألف درهم فضاعت وقال الطالب
كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان
وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما
ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون
موجباً للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتها
فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال
صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن
المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم اليينة أو يأتي المالك
اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل
وضعها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على
ان الاخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجباً للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى
ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الحنطة
بالشعيرانه ان كان بحيث يستطيع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق
حبات الحنطة فتزبل فتشيز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض
بالسود فلا يكون موجباً للضمان ﴿ رجل ﴾ استودع رجلاً ألف درهم وله على المستودع
ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بمد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال
المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع
للألف فالقول قوله انه من أى جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرىء
من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلا كها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم
يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل
القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف ﴿ رجل ﴾ استودع صديقاً محجوراً عليه
مالاً فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف
والشافعي رحمهما الله * وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلها
الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الاموال ولأن الايداع من الصبي باطل لانه
استحفاظ من لا يحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضییع
للمال فكانه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنا فكذا هذه وحجة
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب لانه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه
اليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لأن
عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير
كالاذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لا يخرج من أن يكون اذنا لانه انما يخاطب بهذا من
لا يحفظ فهو كقدم الشير بين يدي الحمار وقال لا تأكل . بخلاف العبد والامة لانه ليس من
عادة الصبيان القتل لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداعه تسليطا على القتل باعتبار
عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط . في الدابة
بطريق العادة . والاصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال اليه فان المالك باعتبار يده
كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار ممكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع
أوصيا الا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره
وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه لما التزم بالمقد والصبي ليس من أهله
فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد والامة فان المالك باعتبار
يده ما كان متمكنا من قتل الآدمي فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولأن
الايداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقى على أصل الحرية فلا يتناوله
الايداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف مالو قال اقتل عبدي لأن ذاك استعمال والاستعمال
وراء التسليط فان بعد الاستعمال لذلحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط
حق المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا
الموضع ان الصبي المستهلك اذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف مالو قال له أتلفه
فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحث لك أن تأكل هذا الطعام ان شئت
ولو قال ذلك فأكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك
فهذا مثله الا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ. من هذا التسليط فإذا استهلكه الصبي كان مستهلكاً بغير اذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد إليه مطلقاً وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناءؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذي هو تسليط ولا يكون معارضاً إلا بعد صحته حكماً لكون المخاطب من أهل الالتزام بالمقد وذلك في حق البالغ دون الصبي فيبقى التسليط مطلقاً في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لو ضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنساناً يأخذها أو دله على أخذها والبالغ يضمن بمثله فعرفنا ان المارض صحيح في حق البالغ دون الصبي * وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان المارض صحيح في حقه دون المولى فإنه التزام بالقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه في الحال لان المودع يتصرف على نفسه في الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه * فان كان العبد صبياً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعق لان المارض لم يصح في حقه ولا في حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذوناً كان ضامناً في الحال لان المارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالمقد ولهذا يؤخذ ان ضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبداً محجور عليه شيئاً فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي أصلاً ولا في حق العبد حتى يمتق فهذا هو الحرف الذي يخرج عليه هذه المسائل (وان) ما كت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفي قتل العبد والامة يجر عايبها ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد الصبي وخطأ سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وأم الولد يعني الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسرى في الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلاً شيئاً فاستهلكه ابن له صغير أو عبداً فعلى المسمك ضمانه في الحال

لان قبوله الودیعة يكون إذا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان مأذوناً في حفظ
 الودیعة يؤخذ بضمان الاستهلاك * رجل * استودع رجلاً ألف درهم فدفعها المستودع
 الى آخر وادعى ان رب الودیعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا بيينة (وقال) ابن أبي ليلى
 هو مصدق في ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان
 عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه الى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم
 بدعى ما يستطاع الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا بيينة كما لو أخذ مال انسان فادعى
 أنه أخذه باذنه . وله ان يستحاف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر برئ المودع
 فاذا أنكر يستحاف لرجاء نكوله * فان كان رب الودیعة أمره أن يدفعها الى رجل فقال قد
 دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الودیعة لم تدفعها فالتقول قول المودع مع يمينه
 لان دعواه الدفع الى من أمر المالك بالدفع اليه بمنزلة دعواه الدفع الى مالكها فيكون
 مصدقاً في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل
 ما لم تتم البيينة على قبضه * واذا قال صاحب الودیعة للمودع اخبأها في بيتك هذا خبأها في بيت
 آخر في داره تلك فضاغت فلا ضمان عليه استحساناً وفي القياس هو ضامن لانه خالف
 أمره نصاً فهو كما لو قال اخبأها في دارك هذه خبأها في دار أخرى فهلك * وفي
 الاستحسان يقول نما يعتبر من كلامه ما يكون مفيداً دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى
 انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر اليها بعينك اليمنى دون اليسرى لم يعتبر
 لانه غير مفيد * اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لان
 الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق اذا أخرج المتاع من أحد البيتين الى البيت
 الآخر لم يقطع اذا أخذ قبل أن يخرج من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان
 تقييده في الدار مفيداً لان كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من
 الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامناً لها لان التقييد في المصرين مفيد فان انتقل من
 الكوفة الى البصرة أو الى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلك فلا ضمان عليه لان
 المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها
 ليلاً ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلك لم يضمنها لان ما شرط عليه ليس في وسعه باعتبار
 العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلك و هذا بناء على اصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومناعه وماله على قلب الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر . يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء . ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شيء يراعى اطلاق أمره كأمر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق آمنا كان الحفظ فيه كالخفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذي فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ماله حمل ومؤنة وماله له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه ودية فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني اتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاء عنه فهلكت فان كان يجحد بدأ من الدفع اليه بأن كان له سواء أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجحد بدأ من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب
الامكان فاذا كان يجد بداً من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور
به فيصير صامناً بحفظها على الوجه المنهى عنه واذا كان لا يجد بداً من ذلك فهو حافظ لها
بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها * واذا استعمل المودع الوديعة وأقر
بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلك لم يصدق الايئنة لان السبب الموجب للضمان عليه
وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق
إلا بحجة فان أقام اليئنة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت باليئنة كالثابت باقرار
الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك
لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها
وديعة عنده لا يمكن في شبهة الحمل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فينقض يسقط الحد عنه
ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلاً وديعة من دراهم أو دنانير أو ثياب أو
دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه الى القاضي
لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره
بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد في الامالي
قال قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من
المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشريكين في الدين
اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر
كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر
نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر
الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعاً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون ووضح
فان الحاضر له أن يفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه
اليه وقدينا نظيره في مال المفقود ومذهب أبي حنيفة مروي عن علي رضي الله تعالى عنه والمعنى
فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبها جميعاً أو نصيب الحاضر
خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة
وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جنابة فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضي به
والحاضرون ان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الابداع
قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع
اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤثر المودع
بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون
انما يقضى بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة
على الغائب فلهذا يؤثر بخلاف ما نحن فيه **(رجل)** أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال
أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها اليّ فصدقه ودفعها اليه فهل كنت عنده ثم حضر
صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر
في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت
في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في
تضيئه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه
لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أو لم يصدقه ولم يكذبه ودفع
المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن
دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه
غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعني ان
الرسول قال له ان لحقتك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على
الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فلمها يتصادقان
أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب
الوجوب فلهذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة فقصها منه رجل
فهو خصمه فيها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك
ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في
الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر . ولكننا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة
وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالنصب ولانه
مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماله عليه فكان كالأموار به دلالة وفي اثبات حق الخصومة
 له تحقيق معنى الحفظ لان الناصب اذا علم أن المودع لا يخاصه في حال غيبة المودع تجاسر على
 أخذه فلماذا كان المودع فيه خصماً * وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها
 فاقسمها وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته فهلك أحد النصفين أو كلاهما فلا ضمان
 عليهما. وهكذا أمر الناس لانهم لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بيننا
 أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع
 أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعها مع علمه بذلك فقد صار
 راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص .
 وان اياها القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمانه لتركهما ما التزمه من الحفظ . والمستبضعان
 والوصيان والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك . فان تركها احدهما عند صاحبه وان
 كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما أودعها
 مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه آتاء الليل والنهار فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما
 لجميعة * ألا ترى أنهما يتهايان في الحفظ وفي مدة المهايأة يترك كل واحد منهما عند صاحبه
 في نوبته * فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك
 في يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبي
 حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله فانه ضامن للنصف لانه ترك الحفظ
 الذي التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من القسمة ليحفظ كل واحد منهما نصفه . وعندهما
 لا يضمن شيئاً لانه لما اتهمها فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة
 وقول أبي حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ
 منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ احدهما للكل وحده (واذا) احترق بيت المودع
 وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعها في بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ
 الذي التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك في
 الضمان . وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بداً من هذا في مثل هذه الحالة ولان
 وضعه في بيت جاره في مثل هذه الحالة من الحفظ لانه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة
 ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق . أرايت لو كان في سفينة فترقت فناول الوديمة انفسانا علي الجلد يمسكها
أكان صامنا (واذا) كانت الوديمة إبلا أو بقرأ أو غنما وصاحبها غائب فان أنفق عليها
المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالاتفاق علي ملك الغير بغير
أمره وان دفعها الي القاضي يسأله اليينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالاتفاق للقاضي فيه
فلا يصدق الا بيينة فان أقام اليينة انها وديمة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها من ماله
علي قدر ما يرى القاضي لانه مأمور بالنظر والحيوان لا يبق بدون النفقة والمودع لا ينفق
بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك ديناً علي
رب الوديمة لان أمر القاضي في حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان
ما ينفقه ديناً له علي المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره علي رد نفقته عليه . وان
رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان في الامر بالاتفاق تلف بعض
المالية علي المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية فلماذا نفذ بيعه بأمر القاضي * وان
لم يكن رفعها الي القاضي واجتمع عنده من ألبانها شيء كثير يخاف فسادها أو كان ذلك
ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي فهو ضامن لها ان كان في مصر يتمكن من استطلاع
رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الي
النظر له . ولو تمكن من استطلاع رأي المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامناً
فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان في موضع لا يتوصل
الي القاضي قبل ان يفسد ذلك الشيء لم يضمن استحساناً لان بيعه الآن من الحفظ
وليس في وسعه الا ما أتى به ﴿ وحي ﴾ ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم في
طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الي محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لو لم
تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح * وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن
صاحبها أمر بذلك فأولادها اصحابها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل
وان هلك الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به
فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الي مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه
وجب بمقدمه وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذاك يتولد من الاصل فيملك
ملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعائد . وقد ينظر في

في المضب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله في ذلك وقال رب الوديعة لم أمرك بذلك فاقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان في الوديعة وهو الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا بينة واذا لم تكن له بينة فاقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا على اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين والعقر كالارث فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن في الولد وفاء بها وان كان في الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالفاسد فيما صنع وقد بينا هذا الحكم في حق الفاسد وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد في نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الفاسد عند الفاسد فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه في انجبار نقصان الولادة به (رجل) استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذي في يده فوقع عليها المشتري فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها في صحة الاستيلاء ولو كان الملك له في جميعها ظاهراً كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة . ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد في جبر نقصان الولادة به فان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشتري لان المشتري كان غاصباً لها في حق مالكها فيكون ضامناً لما حدث من النقصان في يده ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن ونصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أميناً في نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذي حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما في ذلك لان البائع منهما مناقض في كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضاً بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشتري باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم في جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما (فان قيل) كيف يفرم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره (قلنا) نعم ولكنه صار مكذبا في زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشتري فهذا سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار ديناً له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال ديناً عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا يبيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء * وحكى عن ابن أبي ليلى رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لا يكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بإيجاب الراهن ملك اليد له في العين وان كان عند الهالك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية * ثم عند المجانسة اذا طلب الثاني يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لا يلزمني تسليم شيء اليك * فان قال للقاضي حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدي المدعي عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضي أن ينظر له فيجيبه الى ذلك فأما اذا لم يذكر هذا فان القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه ما يدعي ثم لا ينبغي له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذباً في يمينه ولا رخصة في اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعني شيئاً الا كذا وكذا يستثنى ذلك بكلامه
 • يخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد
 الى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفي لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة
 ما يتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما
 وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخاً أو معارضاً ومجرد النية لا تصلح
 لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء . وجه ذلك ما لو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك
 وفهمه • وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدري أحى هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم
 بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
 في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف اللقطة فان مالكمها غير معلوم عنده فبعد التعريف
 التصديق بها طريق لا يصلحها اليه وهنا مالكمها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر
 المالك أو يتبين • وموته فيطلب وارثه ويدفعها اليه • وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة
 ومضاربة وبضاعة • فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد
 موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون
 فكذلك بعد موته • وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة
 والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا • وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة
 وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلاً للامانة فالامانة تصير ديناً في تركته عندنا لانه
 بالتجهيل صار ممتلكاً لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود
 بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضي للوارث والمودع بالملك فيصير ضامناً
 ولانه بالتجهيل يصير مسلطاً غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير
 ضامناً كما لو دل سارقاً على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة بيانها عند
 موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك
 البيان عند الموت • وابن أبي ليلى يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك
 ولكننا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب ما لم يتبين خلافه • وربما يقول
 حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته
 في حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته • ولكننا نقول صار حقهم أيضاً ديناً قبل

.موته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلنا انه كان في
 عين المال الذي في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن
 فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيع فلا أقل من ان يزاحم الغرماء * (واذا) رد
 المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على
 المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك
 وبيان الانتساح من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلأنه مأمور بالرد شرعاً على
 من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصباً معروفاً فطالب المودع
 بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضي ذلك * وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا
 فالمودع بالرد على من أخذ منه يكون ناسخاً حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان
 وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من
 الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده * وكذلك ان كان المودع صبيّاً أو عبداً محجوراً
 عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبيّاً أو عبداً لان المسقط للضمان في حق المودع
 رده الى من أخذ منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر
 المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع
 لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذ منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه
 بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامناً
 بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذي أخذ منه وذلك ناسخ لفعله * (عبد)
 استودع رجلاً وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً
 لان المودع ما قبض منه شيئاً . ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام
 ملكه في رقة الدافع في الحال (والثاني) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد
 في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه
 انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلملها كانت وديعة
 في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه
 وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا
 يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصي فينبغي للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصي بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها الى الوصي ليبيها فيقضى الدين ثم يدفع ما بقي الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أو دابة أو ثوبا واحدا عند رجلين فانها يتهايان على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهرا لان اجتماعهما على الحفظ آتاء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذي يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمن شيئا اعتبارا بما لو هلك في يد أحدهما في زمان الميااة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتني إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة في العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه * رجلان * ادعى كل واحد منهما أمة في يد رجل أنه أودعها اياه وقال المستودع ما أدرى لا يكما هي غير أني أعلم أنها لأحد كما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهو منكر لذلك انما أقر بإيداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتام بيان المسئلة في كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلى في فصل وهو انه اذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويفرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبي ليلى يردها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجعلا في حق كل واحد منهما فيصير ضامنا ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه أخذ جميعا منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامنا لكل واحد منهما ما بقي من حقه وذلك بأن يفرم قيمتها بينهما ألا ترى انه لو قال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الى الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للأخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكا على الثاني باقراره بها الأول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضي وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد . وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شيء وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره . قد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع * رجل * استودع رجلاً وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متمتع بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء . وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأما ما فيقولان الاول متمتع في التسليم بغير اذن المالك والثاني متمتع في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالتعصيب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملك فبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مفروور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملاً له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثاني بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرة فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ما سلمها الى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئاً . يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لا يجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصير الثاني ضامناً بالقبض كان هذا في حقه كشوب هبت به الريح وألقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق لماوجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شيء من

الضمان لانه لوضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والفعل الواحد لا يكون موجباً للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامناً بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب العارية ﴾

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وغفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إماماً * العارية تملك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريضها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختلفت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أو ما يجوز تملك منافعتها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هي مشتقة من التماور وهو التناوب فكأنه يحمل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضاً لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثله وما يملك الانسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضموناً عليه يكون قرضاً (وكان) الكرخي رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التملك أما لا تمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئاً بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتل التملك بعوض فتحتمل التملك بغير عوض أيضاً كالعين والدليل عليه أن المستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيع لغيره ﴿ والعارية ﴾ تنعقد بلفظ التملك بأن يقول ملكك منفعة داري هذه شهراً أو جعلت لك سكنى داري هذه شهراً إلا أنه لا يؤاجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالواستأجر دابة أو ثوباً ليس له أن يؤاجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا يتقطع حق المعير في
 الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لوملك
 المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن
 من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك
 في المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة اذا اراد
 المعير الاسترداد . ولان المعاوضات تتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق في غير المعلوم فأما
 العارية لا تتعلق بها صفة اللزوم فهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام ما يحمل
 على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما
 ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤجرها فان
 آجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد يئناه في كتاب النصب . وان هلك
 بعد ما آجرها كان ضامنا لها فاذا لم يؤجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في أقوال
 علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضوان
 الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المتأدلم يضمن وان هلكت لا من
 الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما . واحتج في
 ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية
 فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز
 وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى
 الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه
 وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بني نجران وما تمار رسل فهلكت على
 أيديهم فضاها على رسل . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما
 يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهي أنه لما
 قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض
 على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا
 انه مقصور على المنفعة لا يمتد الى العين فصار في حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف
 الاجارة فقد تمدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو المتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالفهض بطريق الغصب . يقرره أن ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا ما لزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئا . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضا لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المير ولو كان يد المستعير في العين كيد المير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفي الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر . وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تقويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالبهية . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فالمنفعة لا يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بموض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمعنى عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض . وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فبحكم الاذن في القبض والاعطاء ينبغي أن يجعل قبضه كقبض المالك
 أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد
 فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد
 على الموصى له بالخدمة أيضا فأما ضمان العين انما يجب على من فوت شيئا على المالك . بقبضه
 كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا
 ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك مارضى بقبضه الا بجهة العقد قويا
 وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن
 يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق
 بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن
 العيب فأما عقد التبرع لا يقتضى ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا
 (وقوله) بأنه قبض العين لا عن استحقاق تقدم (قلنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب
 للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان
 فلا تلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير
 استحقاق تقدم فالقبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد
 ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه يبقى بقاء الرد وحديث
 صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا
 كان محتاجا الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعا ولكن بشرط الضمان كمن اصابته
 نخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لاهل مكة عند
 صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع
 وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤادة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم
 فقيه يعلم باللفظ الثانى أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه
 وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع
 على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حريبا ويجوز بين المسلم والحربي من
 الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطيبا لقلب صفوان على ما روى انه
 هلك بمضى تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمتها لك فقال لا فاني اليوم

أرغب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الإبراء
(وقوله صلى الله عليه وسلم) وما يمار رسل فهلك على أيديهم أي استهلكوه لانه يقال
هلك في يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم)
على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في وجوب
ضمان القيمة بعد هلاك العين قال (وان استعار الدابة يوما الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها
لم يضمن اذا هلك) لانه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن
لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضي
المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع اذا طوب بالرد فلم يرد حتى
هلك. وهذا بخلاف المستأجر فانه بعد مضي المدة اذا أمسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها
بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكن على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم
يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد
مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه
(واذا لم يؤقت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الخطة فحمل ينقل عليها الخطة أياما فلا ضمان
عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالهوى والمطالبة بالرد ولم يوجد * وان
حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فمطبت فهو ضامن لانه خالف ما أمره به نصا فصار
غاصبا مستعملا بغير إذنه * وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير
ماعينه المالك واسكنه مثل ماعينه في الضرر على الدابة من جنسه بأن استمارها ليحمل عليها
عشرة مخاتيم^(٣) من هذه الخطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من خطة أخرى أو ليحمل عليها
خطة نفسه فحمل عليها حدة غيره فلا ضمان عليه لان التقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا
وهذا التقيد والتمين لا يفيد شيئا فان خبطه وخطة غيره في الضرر عليها سواء
(والثاني) أن يخالف في الجنس بأن استمارها ليحمل عليها عشرة أقفزة خطة فحمل عليها
عشرة أقفزة شعير . في القياس يكون ضامنا لانه يخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر
المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ يمه
وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لا فائدة للمالك في تعيين الخطة فان مقصوده دفع زيادة

الضرر عن دابته ومثل كيل الخنطة من الشعر يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيد شئاً حتى قيل لو سمي مقدارا من الخنطة وزنا فحل مثل ذلك الوزن من الشعر يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الخنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها خنطة فحمل عليها خطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعر لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الخنطة (والثالث) أن يخالف الى ما هو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها خنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الخنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الخنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا له . وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الخنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الخنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها خطبا أو تبنا (والرابع) أن يخالف في المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم خنطة فحل عليها خمسة عشر محتوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطيق حمل خمسة عشر محتوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما أذن له في اتلافها . وللشافعي ثلاثة أقاويل في هذه المسئلة . قول مثل قولنا . وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ما هو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس . وقول آخر انه يضمن نصف قيمتها لانه تلفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته . ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذلك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فقد تقوى الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات في موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلماذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين . وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم خنطة فطحن أحد عشر محتوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شئاً فشيئاً فلا طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بنير اذن مالكا فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك * واذا جاوز المكان الذي سمي له وأخذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعمالها بنير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة * وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا أو فوهيا أو زرقا لم يضمن لان التقييد بالهروى غير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروى في الضرر على الدابة * وكذلك في الوزنيات من الادهان وغيرها كل تقييد يكون مفيدا فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامنا وما لا يكون مفيدا لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفي النصف مخالف والجزء معتبر بالكل * فان قيل * أليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة أكثر قلنا اذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر اذا حمل عليها غيره ووجب الأجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذي حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه . بخلاف مسألة الخنطة وهذا لانه استتبع وزن الرجال في مثل هذا (فقال) أرأيت لو كان يوزن كل واحد منهما أيوزن قبل الطعام أو بعده قبل الخلاء أو بعده لان الضرر في حق الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة قرب ثقل يروض الدابة اذا ركبها لهديته في ذلك ورب خفيف يقرها لخرقه في ذلك فلماذا اعتبرنا المناصفة * فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من في عياله في الرد كيده كما أن يد من في عياله في الحفظ كيده والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة * وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو برىء استحسانا . والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هذا السائس ولودفعها اليه لكان يدفعها الى السائس أيضاً فكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليه دلالة ولم يوجد مثل هذا العرف في الوديمة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القمصان والدباغ لا يكون كلبس البزاز والمطار فكان هذا تقييدا مفيدا في حق صاحب الثوب فاذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفاً ، وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون في الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للمستعير ان يعير لانه متنع بملك الغير بأذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك كالإباح له الطعام لا يبيع لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير . ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به . وحجتنا في ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئاً فقد جعل لك منفعة ذلك) والادليل عليه انه لو قال ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتملك من الغير يتصرف في ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه في حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيع الا ان العين بقي على ملك صاحبه فقيا يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين في العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه. والمشتري اذا تصرف في الشقة من المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضاً على ان يبنى فيها أو على أن يفرس فيها بخلافه فأذله صاحبها في ذلك ثم بدا له ان يخرجها فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعدي البناء والغرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الارض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الارض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنها تقول الارض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هي مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريقه ولا ضمان له على صاحب الارض عندنا (وقال) ابن أبي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يدفع الضرر بهذا. وشبه هذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه. ولكننا نقول صاحب الارض غير راض بالتزام قيمة البناء ففي الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسألة الصبغ فان تميز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغي أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت له وقتا عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا. وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض في يده واقرار بنائه فيها في المدة التي سمي فاذا لم يف بذلك صار غاراً له وللمعير أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فملك المعير لم يصير غاراً له ولكن المستعير

مقتر بنفسه حتى ظن أنه بمطلق المقدر يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد ينشأ فيما سبق أن الضرر بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فإن المير لم يباشر عقد ضمان. وإن وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك إلا التزام قيمة البناء والفرس إذا أراد إخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لي في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدة فإن لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فإذا بدله في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره إلا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لأن البناء والفرس ملكه وإنما أوجبنا الضمان على المير لدفع الضرر عن المستعير فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفع به بتفريط ملك الغير (وقيل) هذا إذا لم يكن في قلع الأشجار ضرر عظيم بالأرض فأما إذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المير لما فيه من الإضرار به ولكن للمير أن يملكها عليه بالقيمة. وإن كان إعاره الأرض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتاً فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجها ففي القياس له ذلك كما في البناء والفرس وهذا لأن الزارع زرع الأرض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للأرض إذا زرعها. ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها إلى أن يحصد المستعير زرعها لأنه ما كان متعدياً في الزراعة بجهة العارية ولا أدراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المير من قلع زرعه كان فيه إضرار بالمستعير في إبطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه إضرار بالمير من حيث تأخير حقه وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير فإذا لم يكن بد من الإضرار بأحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والفرس فإنه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر إبطال الحق فترجح جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبعية وبخلاف الغصب لأن الغاصب متعدي في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدي إبقاء زرعه ولم يبين في الكتاب أن الأرض تترك في يد المستعير إلى وقت أدراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الإجارة والزرع نقل بعده وهذا لا يابطال حق صاحب الأرض عن منفعة ملكه مجاناً لا يجوز بغير رضاه وإنما يعتدل النظر من الجانبين إذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها التلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدى عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤخذ بضمان الاستهلاك في الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو اخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكننا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط للضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن ما بدا له فاذا خرج فالبنا لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك البانى شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهى اجارة فاسدة لجهالة العقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه ﴿فان قيل﴾ لماذا لا يملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له باتصاله بالارض ﴿قلنا﴾ كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المردوم لا ينقذ أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المير والمستعير انقطعت العارية. أما اذا مات المير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه وانما جعل المير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتماقين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى. وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناء لك فان قوله لك يحتمل تملك العين ويحتمل تملك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما تثبت العارية

بهذا اللفظ ثم تقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا
 الذى عندك وأمرنى ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكر المير أن
 يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له) لانه يدعى على المير الامر بالدفع اليه وهو منكر
 فالقول قوله مع يمينه واذا حلف يتيين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب
 للضمان عليه فان قيل لماذا لم يجعل هذه اعارة من المستعير حتى لا يكون موجبا للضمان
 عليه قلنا المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين
 فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الى الثانى لم يكن
 بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل
 كالمير منه ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعى ففى
 زعمه أنه مستعير من المالك وانه لاضمان على واحد منهما الا أن المالك ظلمه حين ضمنه
 ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه وان كان الذى جاء فقبض العارية منه خادما للمير وأنكر
 مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادما للمير كالد على
 المير فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المستعير واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها
 ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها على مطلقها فضاقت فهو ضامن لها فى القياس لانه ضميمها
 حين أخرجها من يده ولم يسلمها الى أحد يحفظها . ألا ترى أن الفاصب لو فعل ذلك كان
 مضيا ضامنا فكذلك المستعير وفى الاستحسان لاضمان عليه لانه ربطها فى موضعها المعروف
 ولوردها على صاحبها لكان يربطها فى هذا الموضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للمادة
 الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من مربطها ويردها الى مربطها فيثبت الاذن له من جهة
 صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة . وهذا بخلاف الفاصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط
 الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما
 المستعير فهو أمين فانما الحاجة الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة
 لان الربط فى يد صاحب الدابة فاعادتها الى الربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكما (ولو
 جحد المستعير العارية ثم زعم انها هلكت فهو ضامن لها) لان العين كانت أمانة فى يده فيصير
 ضامنا بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع
 يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأني الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا في ذلك * وفيه طريقان اما الهبة أو القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجملة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال في الاصل أرايت لو استعار دراهم يشتري بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يوطأ الجارية له ذلك والمسال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها في منزله أو سكنها محلي أو سيفاً أو منطقة مفضضة أو خاتماً لم يكن شيء من هذا قرضاً لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أو دنائير ليتجمل بها في حانوته أو ليغير بها صنعاته فانه لا يكون قرضاً لانها لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن في استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذها في طريق آخر الى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون في الوصول عليها الى ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفاً في أي طريق ذهب بعد أن يكون طريقاً يسلكه الناس الى ذلك المكان فان كان طريقاً لا يسلكه الناس الى ذلك المكان فهو ضامن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعبر بجاوز بها حمام أعبر ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردّها الى صاحبها (وقيل) * هذا اذا استعارها ذاهباً لا راجعاً فأما اذا استعارها ذاهباً وجائياً فلا ضمان عليه وهكذا ذكر في النوادر لانه في الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصباً فلا يبرأ الا بالرد على المالك وفي الثاني انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المكان المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا (وقيل) * الجواب في الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفي الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجمل في الحكم كما لو رده على المالك وهذا لا يوجد هنا فبقى ضامناً كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة في هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضاً فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الفرور الثابت بعقد ضمان لا لان يده يد المالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا
 فأمسكها في المصر أياماً كان ضامناً فكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامساكها
 في غير الموضع الذي تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً
 بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها
 البينة أنها نفقت تحتها في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها
 الى صاحبها أخذت بينة رب الدابة لأنها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير
 تنفي ذلك والبيانات للاثبات * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته
 يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبيع ولم يهب لان ذلك
 لا يدعيه أحد والقاضي نصب لفصل الخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذي أراد أن
 يضمنه أو قال أذن لي في عاريتها يحلف على ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر
 يستحلفه فان نكل كان نكوله كإقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن
 يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض
 والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان
 فيتيقن انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره
 لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصير مغروراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه
 عوضاً بخلاف المستأجر فقد صار مغروراً من جهة الإجر بمباشرته عقد الضمان واشترط
 العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذي تفقت فيه الدابة لانه استوفى العقود
 عليه وذلك للأجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بمقدمه وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير
 العبد التاجر والعبد الذي يؤدي الغلة الدابة . وفي القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك
 ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة
 ليست من التجارة في شيء * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا
 يجحد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه في حانوته أو يضع وسادة
 له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أو صنجات الميزان فاذا لم يمر لا يعار
 منه عند حاجته أيضاً * وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة
 والاهداء الى المجاهدين بشيء . والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد
فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابونى . فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة
حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده * والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له
فى التجارة لأنه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولى إياه بأداء الغلة يكون إذنا له فى
الاكتساب * (عبد مأذون له) * أجر دابته من رجل فنفتت تحته فاستحقها رجل وضمن
الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لأنه صار مغروراً من جهته
باشترائه العوض لنفسه والمأذون يؤاخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تين خطأ بعض المتأخرين
من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وإن الغار يصير كالقاتل للغرور
أن ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاء هذه الجارية فى البيع فأنا ضامن لك
ذلك لأنه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤاخذ به المأذون فإن العبد المأذون لا يؤاخذ
بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة العقود عليه
عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا . ولهذا لا رجوع على المعير
الواهب لأنه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد فى التزام صفة السلامة بعقد
المعاوضة وهو التجارة كالحر * وإذا أعار عبد محجور عليه عبداً مثله دابة فركبها فهلكت تحته
ثم استحقها رجل فله أن يضمن أيهما شاء لأن أحدهما غاصب للملك بالتسليم إلى الآخر والآخر
مستهلك باستعماله فإن ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولأن المعير كان
محجوراً عليه فلا يؤاخذ بضمان الأقوال وإن ضمن المعير رجع به مولاه فى رقبة الراكب
لأن الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه . فتبين أن الراكب
أُتلف ملكه بغير رضاه . وكذلك إن كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لأن
إذن العبد المحجور عليه غير معتبر فى إسقاط حق المولى فبقى الراكب مستعملاً دابته بغير رضاه
فكان غاصباً ضامناً * وإن استعار الرجل دابة نتوجأ فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان
عليه لأنها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فإذا هلك ما فى بطنها أولى وإن ضربها فقتلاً
عينا أو كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لأنه متلف بما صنع وإنما أذن له المالك فى الركوب
دون الضرب * ولو استعار من رجل سلاحاً ليقا تل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طمن
بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى الاستعمال والاستعمال لا يكون إلا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما اذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخدم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا وقال (واذا قال المستعير في صحته أو مرضه قد هلكت مني العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي نفى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلي عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا لم يربطها بشيء فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا . والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره . ألا ترى أنه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه . فهذا تبين ان المعتبر أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشيء بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا * واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة من النواحي في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لا مسا كه إياها في غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها الى موضع السقي * (ولا يقال) انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير في ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التي استعارها اليها لان الماء موجود في كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم انها له فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعي رقبته وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق * وان قال الذي هي في يديه أو دعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعي لو كان حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما . وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشتري بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فملك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصبا وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندي الى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا ﴿رجل﴾ أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرتني دابتك الى المدينة فدفمها اليه فجاء بها الرسول فدفمها الى الذي أرسله ثم بدا للذي أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلك تحتها فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها . وان ركبها الى الحيرة فهلك تحتها فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذي طلب الرسول . ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشيء لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشيء ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية * وان قال أعرتني دابتك فنفتت وقال رب الدابة ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقرب فعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو النصب فيكون القول قول المنكر . وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه . وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الراكب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك . وهذا بخلاف العين فانه اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعته منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بمقدار الاجارة ورب الدابة يدعى ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئا * وان أقام رجل البيعة على أرض ونخل أنهاره وقد أصاب ذو اليد من غلتها وعمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكننا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامنا لماله بالتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا أتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد محضاتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بمائها ولأن الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع أجزائها مملوكة للمفصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الأرض . ألا ترى أنه من جنس البذر وأنه حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الفصب ثم الزارع ضامن لما نقص الأرض عندنا . وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لإضمانه عليه لأن العقار لا يكون مضمونا بالفصب والنقصان لم يحصل بفعله ولأن النقصان في الأرض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الفاصب . ولكننا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الأشجار . ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وما غرم من نقصان الأرض ويتصدق بالفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه حصل له بكسب خيث ، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشيء لأنه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في الفصب وإذا استأجر أرضاً سنة فزرعها سنتين فعليه الأجر للسنة الأولى لأنه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الأرض بالزراعة في السنة الثانية لأنه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول . وعند ابن أبي ليلى عليه أجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكانه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في السنة الأولى وإنما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينقذ بالدلالة كما ينقذ بالتمريح فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها في كتاب الزكاة أن من وجد كنزاً في دار رجل فقيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله للواحد وإنما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة المختلفة بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله في آخر هذا الكتاب وآخر الوديمة لأن كل واحد منهما كان استأذه فانه كان في الابتداء يختلف إلى ابن أبي ليلى تسع سنين ثم تحول منه إلى أبي حنيفة واختلف عنده أيضاً تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول عن استأذه جميعاً فلماذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب . وإليه المرجع والمآب . وصلي الله على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكى وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أى لا تداجى ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر (ثم) الشركة نوعان . شركة الملك . وشركة العقدة ﴿ فشركة الملك ﴾ أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان . ثابت بغير فعلهما كالإيراث . وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقدة ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عنى لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوارى ملاء مذبل

أى عرض . وزعم بعض أهل الكوفة أن هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدي

وشاركنا قريشا في نقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالآخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض أو على معنى أن للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا في رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا ﴿وَأما المفاوضة﴾ فقد قيل اشتقاقها من التفويض فإن كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه في جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء إذا انتشر واستفاض الخير يستفيض إذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة إذا جهالهم سادوا

يعني متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً على المساواة المال والربح سمي مفاوضة ﴿وَأما شركة الوجوه﴾ تسمى شركة المتالميس وهو أن يشترك الرجلان بغير رأس مال على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى أن رأس المالهما وجههما فإنه انما يباع في النسيئة ممن له في الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان في تقبل الأعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بأبدانها وشركة الصنائع لان رأس مالهما صنعتها ﴿وَأما شركة العنان﴾ فهو أن يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبني عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبني عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة في الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكاً عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشترياً بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي تقتضيه الشركة في المشتري بالمال والربح لا في رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخرون دنائير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزر والشافعي رحمهما الله * وكذلك ان كان رأس مال أحدهما يبيضا
 والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط
 زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك تقول
 في هذين الفصلين ربما يظهر الرجح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقيدين وذلك
 تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقيدين فانهما
 لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما ويشتري
 الآخر بهذه الدراير على أن يكون المشتري بينهما كان صحيحا * فكذلك تصح الشركة بهذه
 الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة
 وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع
 من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاضتم
 فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه يبنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما
 هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة
 بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بمجة التجارة
 والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما
 يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما
 ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن
 الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة
 بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما
 يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا
 لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا . ثم صحت
 شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك
 المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بمالك مال
 يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما
 زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدرهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط في هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعاً لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي تشتط في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما أيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء * وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المفاوضة لا تنقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عنانا عاماً * والعنان قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً . وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائماً مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكر معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعنى دون اللفظ * فأما شركة الوجوه * فهي صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه . وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما انصفين أو ثلاثاً صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا أن في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري لان الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح مالم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشتري والربح جميعاً * فأما شركة التقبل * فهي صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق . ولكننا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة
وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه
الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير
وهو الاصل في جواز الشركة . ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل
أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك
العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة
بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء
اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا . وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين
اذا اشتركا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما
عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه فلا يتحقق ما هو مقصود
الشركة عند اختلاف الاعمال ولكننا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل
بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل
اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان
العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند استجماع
شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه
صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عناناً فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو
حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانها كيف يكتبان
كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكماً
بينهما فيما يجرى من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل
مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثيق والاحتياط فينبغي أن يكتب على أوثق
الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان)
وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فلا حوط
أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع
الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو اشارة الى ما هو المقصود
من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبداً أمر أن

يكتب هذا ما اشترى محمد رسول الله من الغد بن خالد بن هوذة اليهودي (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضي الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطاح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو علي أهل مكة * ثم قال (اشتركا علي تقوى الله وأداء الأمانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الأمانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك في كتاب الشركة ليرجما اليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله في أيديهما) وهذه اشارة الى أن رأس المال ليس بفائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال في أيديهما جميعا فالتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا في شيء ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالتقيد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك مالم يصرحا به في عقد الشركة فلا تجوز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فاما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضعية بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه علي مانبيه وأما مكاتبة علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال الربح علي ما شرطنا والوضعية علي المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا علي ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما يبين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضي الله تعالى عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أي وقت يعتبرونه فتم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا علي التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذي يتعامل عليه الناس الي يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه في الربح لافي المال العين أو العمل بأيديهما أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فاما في المال العين اذا تساويا في رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف والآخر ألقان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلي قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفي شركة الملك لا يجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد * واعتبر الربح بالوضعية فهي بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكننا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم * ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس إليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحذق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه * ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة بالعمل مع المال أولي (ثم) الوضعية هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الأمين باطل ألا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضعية على المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاضل في رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على المضاربة على معنى ان صاحب الالفين يشترط جزءاً من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا في المضاربة لا يجوز لان المال في أيديهما والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكننا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أميناً عاملاً فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط فاما موجب الشركة ليس هو التخلية بين أحدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعاً للشركة وقد ثبت الشيء حكماً على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة * وكذلك في العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل في الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر فاما قوله أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو إشارة الى شركة الوجود فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشتري لان ذلك ربح مالم يضمن وقد بينا ذلك * قال (والشريكان في العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل في السوق ولي شريك يصلي في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال في بعض العمل
 كان الربح بينهما على الشرط . أولا ترى أن الشريكين في العمل يستويان في الربح وهما لا
 يستطيعان ان يعملوا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لأحدهما زيادة ربح لحذاقته وان
 كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقي العقد بينهما وان
 كان المباشر للعمل أحدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد
 لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط في العقد * قال (وان جاء أحدهما
 بألف درهم والآخر بألفي درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة)
 ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب
 الاثنين شرط ضمان شيء مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الاثنين فاسد
 ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل
 بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا فان عملا على هذا فوضعا
 فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما
 اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط في العقد فكان بينهما على ما
 اشترطا * وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من أحدهما بعينه كان
 ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا
 من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان) اشترطا الربح نصفين والوضيعة
 على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الألف شرط لنفسه جزءا من ربح مال
 صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى
 الشركة والمعتبر موجب الأصل دون التبعية فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما * فان عملاه
 أو عمل أحدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس
 العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما بأقامة العمل * وكذلك ان
 اشترطا العمل على صاحب الألف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الاثنين دفع اليه ماله
 ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه
 الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح
 المضاربة ولا يبطلها * فان قيل * اذا كان يعمل هو في شيء شريك فكيف يستوجب عوض

عمله على شريكه ﴿ قلنا ﴾ استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر لان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذا العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح * وان اشترط العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزءاً من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشراطه جزءاً من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطعم في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه * قال (واذا أقعد الصانع معه رجلاً في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه متعاملاً بين الناس من غير تكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففي تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد وبطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده في دكانه واعانه بمتاعه ووربما يقيم بعض العمل أيضاً كالخياط يتقبل المتاع ويبل قطعه ثم يدفعه الى آخر بالنصف فلماذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد كجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه * قال (ولا تصح الشركة بالمروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف أن من اشترى تبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جمل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالخاص أن هذا يختلف باختلاف العرف في كل

موضع فان كانت المبيعات بين الناس في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز
الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالمروض لا تجوز الشركة به فان كان
التعيين مفيداً فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعين الصنجان والقيات فأمّا
الشركة بالفلوس ان كانت نافعة لا تجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتجوز في
قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخي في كتابه أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله
والاصح ما قلنا وهو بناء على مسألة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعينه بفلسين باعياها يجوز
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد
رحمه الله لا يجوز ولا تعين الفلوس الرائجة بالتعين كالنقود. فكذلك في حكم الشركة محمد
رحمه الله يقول هي بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج في الفلوس عارض
في اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جهالة رأس
المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة
الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى)
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله
لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولاً
ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتهما بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا
وجه لا اعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأمّا في الشركة اذا كسدت الفلوس
يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص
أحدهما بالضرر دون الآخر (فأمّا) الشركة بالمروض من الدواب والثياب والعبيد لا
تصح عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى ومالك رحمهما الله هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى
ذلك ولا اعتبار شركة العقد بشركة الملك. وفي الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال
مجهول يريد به أن المروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لا بد من تحصيل
رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من المروض فتحصيله عند القسمة
يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به. ثم الشركة
مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفي المروض أول التصرف
يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلًا لصاحبه يبيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة
 بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فإذا شرط له جزء
 من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فإذا شرط
 له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في
 ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من
 غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعاني بطلت
 الشركة بالعروض * فان باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم
 باعه لان كل واحد منهما تابع للملكة والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من
 العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت
 كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر
 عروضاً في مفاوضة ولا عنان لجمالة رأس المال في نصيب صاحب العروض علي ما بينا قال
 (وان اشتركا في وكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخطأه فليسا
 شريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيئته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض
 وتستحق أعيانها بالمقدور وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعاً لا شراء فكانت كالعروض
 لا تجوز الشركة بها وان خطأه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعا فيه فليهما وهذا
 ظاهر لان الخلط حصل بهما فبالخلط يكون مشتركاً بينهما على قدر ملكهما وقد كان
 ملكهما سواء فالربح والوضعية بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان
 الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد. وذكر في النوادر أن على قول
 أبي يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد
 وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما اذا اشترطا من الربح لأحدهما زيادة على نصيبه عند أبي
 يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح
 بينهما على ما اشترط محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه. ألا ترى
 ان الشراء بهما ديناً في الذمة صحيح فكان ثمننا وان يبيع عنهما صحيح فكانت مبيعة وما
 تردد بين الاصولين يوفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل
 الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين نصف

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها علي ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة
 الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول ما يصلح أن
 يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك
 ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط. وهذا لان
 قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بها لانها متعينة فتعين رأس المال لا بد منه في عقد الشركة
 واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون فيما وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر
 بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معيناً فتقرر المعنى
 المفسد لا يكون مصححاً للعقد والذي يقال لحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا
 ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكك بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك
 لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكك بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال
 الآخر شعيراً فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما
 من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد
 الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات
 الأمثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الأمثال
 كان بمنزلة المروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى أن من أتلفه
 يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف
 الجنس اذا باع المخلوط فالثمن بينهما علي قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا
 لان الثمن بدل البيع فيقسم علي قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم
 القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الضفة
 واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل في البيع فان كان أحدهما
 يزيد الخلط خيراً فانه يضرب بقيمته يوم يقتسبون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير
 تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير
 مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب
 الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو
 الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدره وقد طعن عيسى في الفصلين

جيمًا فقال قوله في الفصل الأول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل
 الثاني يوم يتقسمون غلط بل الصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع
 البيع لان استحقاق الثمن بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى انهما لو لم يخلط
 ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا
 أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ
 الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندي أن ما ذكره صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى
 قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار
 قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن
 معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما مافي بطنها فهو
 ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت المتق لكونه
 مختبئا في البطن فيصار الى تقويمه في أول الحال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة
 فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند
 الخلط الا أنه اذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة
 الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقنا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر
 القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق
 كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل
 واحد منهما بخلاف ما اذا لم يخلطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان
 كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار فخلطوا أو لم يخلطوا فهما سواء لانهما لا يختلطان
 وقد بينا أن خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فايهما هلك من مال
 صاحبه لانه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه
 سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين
 لان المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو
 اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير
 المشتري قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان
 مانعا فكذا اذا اعترض والمشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

بعض الموضع وفي بعض الموضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف ما تقدم من الثمن . وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقي مشتريا لنفسه خاصة وضع المسألة فيما اذا أطلقا الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه . وحيث قال المشتري بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا علي ان يكون نصف المشتري له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالكين فالوكالة باقية فلماذا كان المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة وقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه . واذا تأملت موضوع المسألة في كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض في الجواب قال (فان اشترى متاعا على المال فقدا الثمن من الدراهم ثم هلك الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشتري بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشترى بالدراهم وصار المشتري مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته وقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشتري الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما تقدم من ثمن حصته من دراهمه (ثم) لم يذكر ان شركتهما في المتاع المشتري شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هي شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ يمينه في الكل وعند الحسن رحمه الله هي شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلك قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك . وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا . قال (فان اشترى

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعاً فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما (والحاصل ان في شرط الربح
 يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك للمشتري يعتبر
 قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفي ظهور الربح في نصيبهما أو في نصيب أحدهما
 يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا
 فيما أمليناه من شرح الجامع . قال (وان اشترى بالالف متاعاً ثم اشترى بعد ذلك بالدنانير متاعاً
 فوضعا في احد المتاعين وربحاً في الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضعية
 هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح
 (وكذلك) رجلان اشترى متاعاً بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة
 الالف وللآخر بحصة الكر ودفعما الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل
 واحد منهما في الشراء يكون عاملاً لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما تقدمه من البديل
 (وكذلك) لو اشترى متاعاً بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع
 بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باع ذلك بدراهم فانهما يقتسمان
 الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن . قال عيسى رحمه
 الله هذا غلط والصواب ان يقتسما ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان في وقوع الملك في
 المشتري يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع
 المشتري بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له
 كما في العروض لو اشترى متاعاً بعرضين أحضرهما لكل واحد منهما عرض ثم باع ذلك
 المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون
 تأويل المسألة انها باع المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبني على الثمن الأول
 على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض
 فان المشتري بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشتري بماله مثل من
 جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها . ولكن هذا التأويل بعيد
 فانه قال ثم باع ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشترى
 بالكيل والموزون وباعه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذي كاله أو وزنه ثم
 اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعه مرابحة بمال مسعى وان باعه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مربحة بمال مسمى فالربح مبني على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما يبان هذا فيما قال في كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مربحة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذي قلنا في مسئلة الطعن فانه قال هناك يقسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان فاعتبر في جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذي تخايل لي بعد التأمل في تصحيح جواب الكتاب انه بني على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان في أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشتري مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشتري مشتركاً بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلاً أعطى رجلاً دنانير مضاربة فعمل بها ثم أراد القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقسمون) لان المضارب شريك في الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا في اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال في وقت القسمة . وانما أورد فصل المضاربة لا يوضح ما أشار اليه في الشركة قال (وينبغي لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدرهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشتري بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفي النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضعية فهلك قبل الشراء فالقايض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد
الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان . ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة
بيننا فهلك قبل ان يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه أمره بالعمل بها على
وجه الشركة والمال أمانة في يد الشريك وثبت حكم القرض في النصف هنا بمقتضى الشراء
لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما يتقد فيه الثمن يكون قرصاً عليه فلا يثبت ذلك قبل
الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلك قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها
للمعطي اعتباراً للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا
بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شيء فجعلناه مقرضاً نصف المال منه
و ضمان القرض يثبت بالقرض . قال (واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها
وخطاها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما
وما يهلك من المال المشترك يهلك على الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما
بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا أن يعرف شيء من الهالك أو الباقي من مال أحدهما
بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط في ذلك القدر لم يتحقق . وانما يعرف ذلك بان
يكون مال أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً فما كان باقياً من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها
والحال في هذا قبل الاختلاط . وبمده سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما
على قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك . قال (واذا اشتركا بغير
رأس مال على ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه في
الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعناناً أخرى والعنان منها
يكون عاماً وخاصاً كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل
بشراء نوع خاص صحيح * وكذلك لو قال في هذا الشهر لانه توقيت في التوكيل والوكالة
تقبل التخصيص في الوقت والعمل جميعاً قال (فان قال أحدهما قد اشتريت متاعاً فهلك مني
وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق على شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل
صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعاً اليه فقال اشتريته وهلك في يدي
لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعاً اليه لان الوكيل
أمين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

في ذلك غير أمين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة
الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل
ما يدخله في ملكه ظاهراً فاما في الاقرار لا يدخل شيئاً في ملك شريكه ظاهراً فلا
يصدق في الزام شيء في ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وانما يحلف
على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على
العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود
خمسین يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً قال (وان أقام اليينة على الشراء والقبض ثم ادعى
هلاك المتاع فalcول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت باليينة كالنات بالمعينة ثم هو
أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع
شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشتري في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه
في يد الموكل* وكذلك اذا اشتريا متاعاً وقبضاه ثم قبضه أحدهما ليبيعه وقال قد هلك فهو
مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فalcول
في هلاكه قوله مع يمينه قال (واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشترياه من شيء فهو بينهما
نصفين ولا أحدهما بعينه ثلثا الربح ولا آخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما
شرط لنفسه جزءاً من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشيء من نصيب صاحبه وقد
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل
بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر
ما سكهما في المشتري قال (واذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما
متاعاً فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة وانما
اشتريته بمالي لنفسى قبل الشركة فalcول قول المشتري) لان الظاهر شاهد له والاصل أن
يكون كل أحد عاملاً لنفسه ما لم يتم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشتري
ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض ما في يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه
بالله ما هو من شركتنا (فان قيل) قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على
ان المشتري بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخاً سابقاً في الشراء
ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة (فقلنا) نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشتري الى دفع الاستحقاق للآخر عما في يده فالظاهر يكفيه لذلك . قال (رجل أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما في فعل كل واحد منهما من الالتزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب ما لم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا في امثال أمر الأمر فأنما عزله في مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما في امثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه . وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يحز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الأمر فكذلك في الشركة . قال (رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الأمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه) لان الأمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني بأن يشتري العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذي قبل الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقاً ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين في الوكالة من الثاني النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقاً ينصرف يمينه الى حصته خاصة فهنا أيضاً ينصرف توكيل الثاني الى النصف الآخر خاصة فلهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما بوكالته وخروج من البين . قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة فأشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تمليك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه . وبيان

هذا ان مطلق عقد الشراكة يقتضي التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) اقتضي التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فعناه سويتك بنفسي وذلك تملك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم أثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تحقق التسوية اذا كان العبد بينهم أثلاثا . قال (ولو اشترى رجلان عبدا فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربه) لان الاشراك تملك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ما روى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضي الله عنه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته . فمرنا بهذا أن الاشراك تملك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربه . وفي الاستحسان يكون له ثلثه لانها حين أشركاه فقد سواه بأنفسهما فيقتضي هذا اللفظ أن يسوى بينهما في ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه . يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جملاه كما لا ترى للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد . قال (ولو أشرك أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه في نصيبه نفذ في الحال وفي نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له في نصيبه فكان كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم أثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم أثلاثا وهذا لان المميز صار راضيا بالسبب لا مباشره والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كأنهما أشركاه معا فيكون بينهم أثلاثا . قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا في نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه . وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمه الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك في نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا. ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل
 قد أشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال
 أشركتك في نصيبي فانه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف
 في مقام حرف الباء فانه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فهذا كان له نصف نصيبه.
 قال (رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز) لانه يبيع ما لم يقبض وذلك
 منهي عنه ألا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك اذا ملكه
 البعض بالاشراك فان أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه اليه لم يكن عليه ثمن ما
 أشركه فيه بمنزلة ما لو ولّاه وهذا لانه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم
 مبطل للبيع. ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه
 يصح اشراكه في نصف العبد اعتبارا للبعض بالكل (فان قيل) كان ينبغي أن ينصرف
 اشراكه الى النصف الذي قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع
 أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة (قلنا) الاشراك يقتضي التسوية وانما
 يتحقق اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في
 غير المقبوض لانعدام شرطه فأما اذا انصرف الى تملك المقبوض خاصة لا يكون تسوية
 بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ ففي تعيين المقبوض هنا مخالفة
 الملفوظ بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك
 لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ. قال (واذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال
 كل واحد منهما لصاحبه أينما اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو قال فصاحبه فيه
 شريك له فهو جائز) لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له
 فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فاذا قبضه فذلك كقبضهما
 جميعا لان القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه منه
 حتى اذا مات كان من مالهما جميعا (فان اشترياه معا أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه
 ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لانهما ان اشترياه معا فقد صار كل واحد منهما
 مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بنسب أمره وقد كانا اشتراكا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجوع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك اذا اشتراه وأدى الثمن أحدهما فأما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائنا لنصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف الأمور خاصة فيحتاج في تخرج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبي حنيفة الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل يبيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة (والثاني) أن العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائنا للنصف بألف درهم . ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لي نصفه كان بائنا للنصف بخمسائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعته منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول فكان الايجاب الاول متاولا لجمعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيدا ألا ترى أن رب المال يشتري مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحا وان كان ذلك مملوكا له لكونه مقيدا فبها أيضا ضم نفسه الى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائنا نصفه من المخاطب بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان ايجابه متاولا للكل . ثم قوله على ان لي نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجبا للمشتري نصيب شريكه بنصف الثمن . واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعته نصفه بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعا لان تعيين نصيبه قبل الوكالة لتصح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

يبيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين
 شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه في النصيبين لأن الوكيل يبيع نصف العبد لا يبيع
 نصف ذلك النصف فيصرف بيعه إلى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا
 وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عني ففعل كانت هذه
 الشركة فاسدة) لأنه ملكه نصف العبد يباع بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه
 ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط
 وإن نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن
 الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا . قال (رجل اشترى نصف
 عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقي بمائتي درهم ثم باعاه مساومة
 بثلاثمائة درهم أو بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مائة درهم أو قال
 بال عشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضيعة
 كذا فالثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو في المحل
 دون الثمن الأول حتى لو كان موهوبا أو كان مشتري بمرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة
 فعرفنا أن الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه . وأما بيع المراجعة
 والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الأول ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في الموهوب
 والموروث وفي المشتري بمرض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثاني . يوضح
 الفرق أن في بيع المراجعة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مراجعة في
 حق أحدهما وضيفة في حق الآخر وقد نصا على بيع المراجعة في نصيبهما فلا بد من اعتبار
 الثمن الأول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (وإذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة
 علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له
 خاصة لأن كل واحد منهما يحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فإذا
 خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالأجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا
 لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فيبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ على
 صاحبه لأنهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء
 بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة إلا أنه إذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنقد أو المكيل أو الموزون فإن كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه على الشركة وإن لم يكن كان مشتريا لنفسه لأنه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستدينا على المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو أنه لو صح استدانتها زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه إلا في مقدار ما جملاه رأس المال فهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة على نفسه خاصة . قال (وإن كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه بناء على أصل معروف وهو أن الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس واحد في ضم أحدهما إلى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا أن عند زفر رحمه الله في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد في صحة الشركة بهما فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فإن أقر أحدهما بدين في تجارتها وأنكره الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه) لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد وكلا كان أو مباشرا لنفسه وإن أقر أنهما ولياه لزمه نصفه لأنه في النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه وبمقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره . وإن أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شيء لأنه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فإنها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فإذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فإن كان لشريكي العنان علي رجل دين فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لأن المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فباشرة أحدهما فيه كباشرتها وبشركة العنان ما صار كشخص واحد ولأن في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما وجب لصاحبه بمباشرة فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله في صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح . قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يردّه) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعقد ولان الآخر في النصف أجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شيء فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضعية لحقت أحدهما من غير شركتهما فهي عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي . وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لانه في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم في شهادته لماله من النصيب في المشهود به . وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذن له شريكه في ذلك ويجوز له أن يعمل في المال الذي ليس من شركتهما كل شيء يجوز للمضارب أن يعمل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى . وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لاحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره . وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالأذن لصاحبه في ذلك دلالة ولان الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشتري وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لو كيله عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لاحد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضمه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلا أن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبي سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفي هذا دليل على انه لا بد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشتري بها وبألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لانفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطاحا عليه والوضيعة على المال فكذلك في الشركة وهو مروي وعن علي رضي الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتمتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضيعة على المال فكذلك في الشركة (وعن) علي رضي الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضعية علي المال في المضاربة والشركة لان الوضعية هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال في يد الامين كهلاكه في يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه في كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا علي هذا فهما متفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما في رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين علي انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص في الكتاب علي لفظة المفاوضة . وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلي صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب علي صاحبه بسبب التجارة . قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلط المال فالشركة جائزة) وفي النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك ينفي المفاوضة وفي الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلط المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه علي ما بينا في شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشترى بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشتري صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتعدم المساواة وفي الاستحسان لا يبطل العقد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشتري فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثاني) أن مالا يمكن التفرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بهما . ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم إمكان التحرز عنه . قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل في الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوي بينهما الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عام وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئاً فسدت المفاوضة أيضاً لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلاً للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك (فان قيل) أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة (قلنا) لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من الدراهم الى المشتري والمشتري بينهما نصفان (فان قيل) لا كذلك بل لكل واحد منهما على صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشتري يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضاً بظهور الفصل في النصف (قلنا) نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما على صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضاً وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الألف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا في التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدنانير أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب على صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون)
لما بينا ان المتبرقية رأس المال وقت القسمة لا يظهر الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما
جميع رأس ماله لا يظهر الربح ليقسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بتك نصف
مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقاibus كانا شريكين فيها بمنزلة المال المختلط) لان
العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقدم بالتقاibus فصار كل واحد من المالكين مشتركا
فيهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً فباعه نصف
العروض بنصف الدارهم وتقاibus ثم اشتركا شركة مفوضية أو شركة عنان جاز ذلك لان
الدارهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت في الشركة
حكم العروض وهو بينهما نصفان فيما * وقد يدخل في العقديما ما لا يجوز ايراد العقد عليه
قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً اذا وقف
قرية بما فيها من الدواب والممالك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات
قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال
في الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفوضية بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو
جائز) كما بيناه في شركة العنان الا أن تكون المفوضية عامة ومثله في الوكالة لا يجوز فان من
قال لغيره اشتريني وبينك لا يكون ذلك صحيحاً ما لم يمين المشتري أو يخص بذكر الوقت
أو بتسمية الجنس في العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتقويض
الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل
على البيع والشراء ومقصودهما الربح لا عين المشتري ومثله في الوكالة يجوز أيضاً لو قال كل
واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شيء فهو بيننا نصفان على أن يبيعه ويقسم ربحه نصفين
وكان ذلك تفسيراً للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشتري فلا بد من اعتبار
معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفوضية
أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملاً
أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان شركة المفوضية صار كل واحد منهما
وكيل صاحبه في قبل العمل له وكفيلاً عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما
مأخوذاً بما يقبله الآخر ولا يتمتع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

اقامة ما يقبل بدنه ولكن لأن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلماذا كان مطالباً بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولأحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفاً منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فالاقراض في كونه تبرعاً كالصدقة أو فوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب في القرض أكثر لان ملتبس القرض لا يأتيك الا محتاجاً والسائل للصدقة قد يكون محتاجاً وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان علي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما نتحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع في الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع في الالتزام ولكن يرجع بمثل ما يؤدي . ثم من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة في ذلك راجعاً لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعل معنى التبرع فيه راجعاً لذلك في الاقرار . قال (فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعدد في نصيب شريكه بتصرفه في المال علي غير ما هو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة مالم يقبضه ولان المقرض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة . قال (وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ما تقتضيه المفاوضة . قال (فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامناً نصف قيمة الدابة لشريكه في القياس) لانه متعدد في نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسنت فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لا يجحد بدا منه

لانه اذا اتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لا يعير لا يعار عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ما هو من توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أعم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكتب والمأذون لا يكتب . وعلل في بعض النوادر فقال التاجر في المال وان لم يكن ماله شيئا منه فله أن يعير وانما أراد به المأذون فالتاجر الذي يملك النصف يكون شريكا في الربح لان تملك الاعارة أولى . قال (ولو أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئا وهو لا يعلم توفرهما فشراؤه جائز على الأمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام المفاوضة كباشرتهمما ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لا يثبت قصدا في حق الوكيل مالم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للأمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشتري بها فاعلم وجد عمل أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فاعلم عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضة اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كسواء الموكل وكان المشتري بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لا يوجد اذا افتراقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لو اشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للأمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للأمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه مشتريا بينهما اذا لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لا يضمن للشريك شيئا وان صار مشتريا للأمر ولكن يجب الشراء بالثمن في ذمته ويرجع به على الأمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الاترى انه لو مات الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن في فضل الموت اذا كان المال مدفوعا الى المستبضع فورثه الميت بالخيار ان شاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الأمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه ينقل الملك الى الورثة ولم يوجد من واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمي يثبت في حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف افتراقهما

فان ذلك من الذى لم يوضع عزل الوكيل فى نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه فى حقه مالم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان فى نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمّنوه ان شاؤا وان شاؤا الأمر لان دفعه كان باذن الأمر فيكون كدفع الأمر بنفسه فان ضمّنوا المستبضع رجع به على الأمر لانه غرم لحقه فى عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للأمر فيكون عليه جميع الثمن وقد تقدّر نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فصل أحدهما فى التوكيل كفعالهما فكذلك يجعل نهى أحدهما اياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشترك بنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما اياه فان لم ينهه حتى اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليها بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه فى النصف أصيل وفى النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشتري بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يردّه على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشتري به عيبا كان له أن يردّه على الذى لم يبيع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة فى العيب انما يلزمه بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع فى ذلك فرد عليه . قال (أرايت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شركة عنان فأبضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشتري له بها متاعا فرضى الشريك فأتى الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشتري أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يجاب الى الشركة للغير فى المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض . وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من
توابع المفاوضة مستفاداً بها كالمضاربة وشركة العنان . قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلاً
شركة مفاوضة لم يجوز ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل
الاول فلا يكون من توابع الاول مستفاداً به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره
فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم
مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كفعلها اذا عرفنا هذا فنقول
المستبضع وكيل للدافع فيعزل بموت الدافع علم به أو لم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم
فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشترياً لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال
الغير ديناً عليه فيكون ضامناً مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان
فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولو رثته الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه
ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت
من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى
بعد انتقاضها ولو كان الدافع حياً ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع
كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة
التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل
بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع
ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا علي المستبضع لانه دفع ماصار ميراثاً لهم الي
البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به علي أي المتفاوضين شاؤا لان كل واحد
منهما ضامن عن صاحبه ما يلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامناً
لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات
ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك
العنان ولان شراء وكيله له كشراءه بنفسه ونصف المتاع لآخر لا شيء له منه لورثة الميت لان المفاوضة
قد انتقضت بين الدافع وبين الميت* ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شيء من المشتري
لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله* ولورثة الميت اختيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال
المفاوض الحي لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع ما لهم الي البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الأمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العمد ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالب بما يجب على الآخر . (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لان ما حصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلهما فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما . (قال واذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الأمر اشترياه بعد التفريق فهوى خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الامر مع يمينه) لان الشراء حادث في حال حدوثه الى أقرب الاوقات * ومن ادعى فيه تاريخا سابقا فعليه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول قول من يحدد التاريخ مع يمينه ولان سبب الملك في المشتري أظهر للأمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشتري عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقام البينة فالبينه الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبيّنات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لاندري متى اشترياه فهو للأمر أيضا لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق . واذا قال الأمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يأمر لانكاره التاريخ وانكاره وقوع الملك له ووجوب شيء من الثمن عليه والبينه بينة الأمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

— باب خصومة المتفاوضين فيما بينهما —

قال (واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لانه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذواليد منكر فعلى المدعى البينة وعلى المنكر اليمين . وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما نصفين فانه يقضي للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينه كالثابت باقرار الخصم . ولانهما ان قالوا المال الذي في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذى اليد
 وإن قالا هو مفاوضة فقطضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال
 شريكين فيه فإذا قضى القاضى بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده أنه ميراث له وأقام
 البينة على ذلك لم تقبل بينته في قول أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله إن كان
 شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فينة ذى اليد مقبولة وإن شهدوا أن المال الذى في يده
 من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذى اليد بعد ذلك * واحتج في ذلك فقال القاضى
 يقضى بما شهد به الشهود فإذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضى بذلك أيضاً ومطلق
 المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثاً له . ألا ترى أن العقد لو كان ظاهراً
 بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى
 المفاوضة بينهما إلا أنا إنما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا
 ظاهر نعتبه والظاهر يستطاعتباره إذا قام الدليل بخلافه فإذا أقام البينة على عين أنه ميراث
 له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف
 ما إذا شهدوا بالشركة فيما في يده لأن القاضى قضى بالشركة بدليل موجب لذلك فأقامة
 البينة بعد ذلك على عين أنه ميراث يتضمن إبطال حكم الحاكم وبينه المقتضى عليه على إبطال
 القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الإطلاق والبيان أن شاهدين لو شهدا
 بدار في يد رجل لإنسان وقضى القاضى بذلك ثم زعم المدعى أن البناء كان ملك المقضى عليه
 فإنه لا يبطل قضاء القاضى بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً
 ثم أقر المدعى أن البناء للمدعى عليه يكون ذلك كذاباً منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضى
 له والفرق ما بينا أن البناء تبع فاستحقاقه في الفصل الأول باعتبار الظاهر إلى استحقاقه
 الأصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فإذا كذب شهوده في ذلك بطلت
 شهادتهم له . وجه قول أبى يوسف رحمه الله أن إذا يد صرحاً بمقتضى عليه بنصف ما في يده لصاحبه
 وبينه المقضى عليه في إثبات الملك لا تقبل إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له كما لو
 كانت الشهادة مفسرة وهذا لأن الأسباب غير مطلوبة لإعيانها بل لأحكامها والمفاوضة
 سبب وحكمها الشركة في المال . ألا ترى أن دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة
 في المال فكذلك الشهادة عليها إنما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في أن القاضي يقضى بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا
 بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشتري ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به
 مقضيا عليه فكذلك عند الإبهام . قال (فإن ادعى ذو اليد عينا في يده أنه له خاصة وهبه
 شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل
 بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه علي أبي يوسف رحمه الله لأن هنا
 بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أو لم يفسروا ثم الفرق أنه ليس في قبول هذه
 البينة إبطال القضاء الأول في هذا المين بل فيها تقرير القضاء الأول لأن القضاء الأول بالملك
 للمدعى وإنما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك إبطال القضاء
 الأول فيما تناوله القضاء قال ألا ترى أنهم لو شهدا أن هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما
 وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة أن المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته .
 ولو أقام البينة أنه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو أن رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على
 ذلك والفرق ما بيننا فكذلك في المفاوضة وإن ادعى أنه شريكه شركة مفاوضة والمال في يد
 المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه بإقراره ثم ادعى عبدا مما كان في يده أنه ميراث له
 أو وهبه من فلان فأقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله
 أيضا من الوجه الذى قلنا أن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لآبى
 يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة
 بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى أنه لو لم يكن له بينة لم كان
 يستحلف خصمه وفى الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه
 ألا ترى أنه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له أن يستحلف خصمه ففرقنا بهذا أنه
 منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته (والثاني) أن الإقرار موجب الحق بنفسه
 بدون القضاء وإنما يقضى للقاضى بالإقرار فقط ولهذا قلنا أن استحقاق الملك بالإقرار لا يظهر
 في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب الإبقاء للقاضى وإنما يقضى للقاضى بما هو
 المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا يقبل بينة ذى اليد بعد ذلك . وكذلك
 لو كان المال فى يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك أنه له ميراث
 وأقام البينة قبلت بينته لأنه مدع أثبت دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو أقر به يلزمه ولا اشكال في هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البينة على ذلك ان يئنه تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا في عهد له خاصة وجحد ذو اليد وأقام المدعى البينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نوردعواه بالحجة ولا تقبل من ذي اليد البينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك في نصفه ولا يئنه له الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له . قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي منهما فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحى) لانهم شهدوا بمقدرة علمنا ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لاحكم لما شهدوا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون مافى يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان في يده في حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعدموته وان شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فاليد الثابتة له في حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت في نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بيئته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة على ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقروا أنه كان في يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضا حمله بعضهم على خلاف والاصح في الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسر الشهود أنه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لا يئنا وأقاموا البينة على هذا لم تقبل) في قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت في قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك
 بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه
 من شركتهما لم تقبل بينة الورثة في ذلك كما لا تقبل البينة فيه من المورث لو كان حيا . قال
 (واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه
 النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب
 المفاوضة المساواة في ملك المال فانفاقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان
 المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا في كلامه ولان
 مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولا تصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما
 في المال الا ما كان من ثياب كسوة أو متاع بيت أو رزق العيال أو خادم يطؤها فاقى
 أجعل ذلك لمن يكون في يديه ولا اجعله في الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل
 هذا في الشركة لانه مال في يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما في
 التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة
 لعلنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه
 اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فينبى ظاهر
 الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذى اليد لأنكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله
 محمول على ما يحل شرعا ولا يحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرايت لو
 كانت مدبرة أو أم ولد أما كان القول فيها قول ذى اليد وكذلك الامه ولذلك لو لم يفترقا
 ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا في مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال
 في يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما في نقض العقد فهو وافتراقهما
 سواء (ولو كانا حيين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه
 شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة في القياس لا تقبل) لان اقراره
 بالمفاوضة اقرار بالمناصفة في المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين
 والمدعى اذا اكذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة
 مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لا حاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ماذكروا من الثلث والثلثين
 فلتفى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك قفسروا بناء على اعتقادهم ولا يمكن القاضي يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام محمد رحمه الله في الفرق بين ما إذا فسر الشهود أو أبهموا فإن تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم في المنع من قبول بينة أحدهما على متاع في يده أنه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه البينة على مثل ذلك لأنه خليفة ورثته قائم مقامه . قال (واذا اختلف المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وإن قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وإنه قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو من غيره فإن كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضاياين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الأول) لأنه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ما قضى به أولا إذا تبين له الخطأ في القضاء الأول فهذا جعلنا الثاني نقض الأول وهو كما لو تباينا بألف ثم تباينا بمائة دينار يجعل الثاني نقضا للأول وإن لم يعلم التاريخ بينهما أو كان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذي لائمه عليه لأن كل واحد منهما صحيح ظاهر وإنه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز إبطاله بالشك إذ ليس أحدهما بالباطل أولى من الآخر (وإذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك إنما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما) لجواز أن يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق أن ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل . قال (ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر أو ارش جنائية) لأن كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولأنه بدل مما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجنائية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق أن اقرار المأذون بالمهر وارش الجنائية غير صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة . قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث من ميراث ولا جائزة يحجزها السلطان له أو هبة أو هدية) الا عند ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول مقتضى الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما علي التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين
فكذلك في الانتهاء ولكننا نقول لا بد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير
موجود في حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان
تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتملك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يحمل
كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل في ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز
ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لا يمكن
جعله نائبا عن شريكه . قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه)
منه لم يكن دينا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس
مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة . قال (وكل وديعة كانت عند أحدهما
فهي عندهما جميعا) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما
بسبب هو من صنيع التجارة ويقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن
يبين لزمهما جميعا لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير ممتلكا للوديعة فهذا ضمان
ما أوجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزما لصاحبه (فان قيل) وجوب هذا الضمان
بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت (قلنا) لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز
عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته (فان قال الحى ضاعت في يد الميت
قبل موته لم يصدق لانه لا عقدين بينهما بعد موت أحدهما وانما يحمل قول أحدهما كقول صاحبه
بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ما صار ضامنا بالجحود ولو زعم انه كان هلك
في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفي
الضمان عنه فأما في إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحى هو المستودع
صدق لانه ما صار ممتلكا ولا ضامنا للوديعة مادام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على
ما التزمه فلماذا كان قوله مقبولا (فان قيل) أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول
الوديعة مثل صاحبه (قلنا) نعم ولكن التملك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدي المجهولة
عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة في يد المودع حقيقة لاني يد شريكه (وان قال اكلتها
قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق علي صاحبه) لان وجوب الضمان عليه
باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو في الانتهاء غير مصدق في حق صاحبه الا ان

يقيم البيئة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبيئة كالثابت بالمعينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على أحدهما ضمان بنصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان النصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالها وديمة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما . أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الابداع فكذلك في الاسترداد فلماذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لافي وصول المال الى من أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يغرر الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضى بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولا يكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بمجرد القبض ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لومات أحدهما ثم ادعى المستودع انه كان دفعه الى الميت منها لانه بقي أمينا بدموته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون علي فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف علي فعل الغير يكون علي العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ما قبضوه فهو ضامن لنصف حصه الحى من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى ورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له علي نفسه يدفعه الى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى وريثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان
 فيجعل ذلك النصف كالناوى والمال المشترك ما ينوى منه ينوى على الشركة وما يبقى يبقى على
 الشركة (ولو قال دفعت المال الى الذى اودعنى بدموت الذى يودعنى وحلف على ذلك فهو
 برى من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في السكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه
 مالا كان أو غير مالك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة
 ولا يصدق على الزام الحى شيئا بعد ان يحلف ما قبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع
 قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحى نصفه والى وريثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فاقول قول
 المستودع مع يمينه وهو برى لانه يخبر عن أداء الأمانة بإصال نصيب كل واحد منهما اليه
 فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركة الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول
 النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الى صاحبه فيما يثبت القبض
 فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون ناويا قال (وان كانا حين وقال المستودع قد دفعت
 المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحد الآخر فالمستودع برى ولا يمين عليه) لان تصديق
 أحدهما وإبائه في حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان اقر قائم قال
 المستودع دفعته الى الذى اودعنى فهو برى لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول
 الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الى الآخر وكذبه ذلك ضمن
 نصف ذلك المال للذى اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى
 شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو في نصيب الشريك مخبرا بأداء الأمانة
 وفي نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الى غيره ثم ما يقبضه المودع يكون بينهما
 نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوى
 فكان ما بقى بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه
 نصيبه لانه قبضه ولاحق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريكه بد
 انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالتبايض قال (وعارية المفاوض وأكل
 طامامه وقبول هديته في المطوم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لأبأس به) ولا ضمان
 على الداعى ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب
 شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بداً ألا ترى أن العبد المأذون يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدي اليهم المطعوم ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكتب فقبل ذلك مني وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم أبو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابوني قال (ولو كسا المفاوض رجلاً ثوباً أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتنعة والحبوب كلها لم يجز في حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع في معرفة الفرق بينهما الى العرف. قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة في الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار أحدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاتقارهما. قال (ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالآخر في ركوبها غاصب ضامن اذا هلك. وقد بينا أن ما يجب من الضمان على أحدهما بحكم النصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها في حاجتهما فالضمان في مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون في مالهما لان الغرم مقابل بالغنم * وان ركب في حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أذناه من مال الشريك رجع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقى الثمن ديناً عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاماً له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو خلاصتهما فلا ضمان عليه) من قبل أن التقييد الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما في الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه . ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة . وكذلك أخذ المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن . ولو حمل عليها طيالة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس وللغاوت في الضرر على الدابة . قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) الا أنه ان كان ذلك من تجارتها فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما . وان كانت بضاعة عند الذي حمل فالضمان عليهما لان الذي حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذي حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له في هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء . ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا في حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذي حمله أو شريكه . وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب في الاول لأن وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة في الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لأهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامنا . قال (واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجدد ذلك المتفاوضان فلامدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثياب وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزما إياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثياب وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كإقراره وإقرار أحدهما ملزم إياهما وكذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما و اقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما . وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كانا المفاوض هو الذي ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضاً لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعدما استحلف بخصوصة الوكيل لا يستحلف بخصوصة الموكل لان النيابة في الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه في الحلف لان النيابة لا تجرى في اليمين فلهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثاني) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مقيداً فأما اذا لم يكن مقيداً فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصوصة أحدهما فلا فائدة في استحلافه لخصوصة الآخر لانه بعد ما حلف في حادثة لخصوصة انسان لا يتمتع من اليمين في تلك الحادثة لخصوصة الآخر فأما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيداً لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يتمتع من ذلك اذ الناس يتفاوتون في الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعى أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة لحلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصوصة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلاً به . ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية باليدنة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجهه ولا خصوصة للمجنى عليه معه فذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقراره بالجناية على شريكه باطل وكذلك المهر والجعل في الخلع والصلح من جنابة العمد اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك . وأصل المسئلة ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه في

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه .
وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كما لأذن
والمكاتب وانه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في
حق شريكه فكذلك الكفالة . ولا بي حنيفة رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من
مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلاً عن صاحبه كما يكون
وكيلاً عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة
فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه
(والثاني) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى
أن الكفيل يرجع بما يؤدي على المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا
والذي كفل صار مطالباً بالمال * ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على
أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون
والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلاً فلا يكون مفاوضة
وقد يجوز أن يكون تبرعاً في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع
في الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما
يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضي الله عنه . قال (يخلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال
لانه لو أقر به لزمهما جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة
على شريكه بالبينه فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا
ثبت السبب على شريكه بالبينه فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو
ثبتت الكفالة على شريكه بالبينه لم يكن هو مطالباً بالمال فلا يستحلف عليه أيضاً * قال (وان
كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا انكره
بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر
على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة
والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذي في قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهي مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة
 بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضى المفاوضة والكفالة والوكالة فانما تشترط
 أهلية كل واحد منهما في ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد
 منهما من أهل المفاوضة ألا ترى ان المفاوضة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك
 تصح بين المسلم والذمي ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسلم لا يتصرف في
 الحمر والخنزير والذمي يتصرف في ذلك . وهذا لان الذمي الذي هو شريك المسلم مفاوضة
 لا يتصرف عنده في الحمر والخنزير ثم لا معتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة
 تصح بين الكتابي والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والكتابي
 لا يفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفى المذهب وشافعى المذهب وان كان الحنفى يتصرف
 في المثلث النبيذ لانه يعتقد فيه المالية وشافعى المذهب يتصرف في متروك التسمية عمداً
 لانه يعتقد فيها المالية . ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي
 وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف ولا في
 محل التصرف وهو المال فان الحمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة يجوز تصرفهم
 فيها بيعاً وشراءً وسلماء في الحمر وهي ليست بمال في حق المسلم فتععدم المساواة بينهما وبدون
 المساواة لا تكون الشركة مفاوضة . ألا ترى أن المفاوضة لا تصح بين الحر والعبد لانعدام
 المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف في الحمر والخنزير اذا كان مفاوضاً للمسلم قلنا المعنى
 الذى لأجله كان ينفذ تصرفه في الحمر والخنزير اذا كان مفاوضاً للمسلم هو اعتقاد المالية
 والتقوم فيه وذلك لانعدام بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا
 بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسى لان من يجعل الموقوذة مالا متقوماً في حقهم لا يفصل
 بين الكتابي والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة
 فان الكتابي يؤجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا يؤجر نفسه لذلك لان ذبيحته
 لا تحل ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه
 أو بنائبة واجارة المجوسى نفسه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لا تحل ذبيحته
 فأما بين الحنفى والشافعى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً
 ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه من الحنفى والشافعى جميعاً لثبوت ولاية الاضرار

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه أبو يوسف رحمه
 الله لان في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمي بالتصرف له . قال (ولا تجوز
 المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبد وبين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين
 الصبيين وان أذن لهما أبوهما) لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين
 يكون كفيلا عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فهذا لا يجوز
 المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه
 والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد في الرق والمقصود من المفاوضة التصرف
 والاسترباح فاذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم
 تكون الشركة بينهما عنانا في هذه المواضع لانها أهل الشركة وانما فسدت المفاوضة خاصة
 فيبقى العنان وقد بينا ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا . قال (وان تفاوض الذميان
 جاز ذلك وان كان أحدهما نصرانيا والآخر مجوسيا) لان المساواة بينهما في الملك والتصرف
 تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وان شارك
 المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) ان قتل
 على رده أو لحق بدار الحرب بطل وان أسلم جاز لان من أصله ان التصرفات تتوقف بالردة
 على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل اذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته
 فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لان من أصلها أن
 تصرف المرتد بعد رده قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت
 الشركة لان في القتل موتا ولحوقه بدار الحرب كونه والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة
 فملى ما قال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة
 المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وانما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لان
 المرتد عنده في التصرفات كالمرضى وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون
 المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فهذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل
 أبي يوسف الكفالة وان كانت تصح من المرتد لانه بمنزلة الصحيح في التصرف الا ان
 نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه اذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب
 من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فهذا توقف المفاوضة منه . قال (وان شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لأن تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم توقف بالردة حتى لا تقبل فكذلك في مالها الا انها كافرة فهي كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لا تصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهي مكروهة فكذلك في حق المرتدة قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما توقف كما توقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لا تقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فلهذا توقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكتب عبداً من تجارتها) لان المفاوضة في حق شريكه أعم تصرفاً من الوصى في حق اليتيم وللوصى أن يكتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى ويان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح في حق شريكه وإقرار الوصى بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذي لا يملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصى صحيحة فصحتها من التاجر الذي يملك نصف العبد وهو المفاوز أولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكتب فله أن يأذن لعبد في التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن في التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبد في التجارة وليس له أن يكتب والاذن في التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمآل في ذمة مفلسة لا يدري أيقدر على الاداء أو لا يقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلهذا لا يملك المفاوز في نصيب صاحبه وكذلك لا يزوج عبداً من تركتها لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تمسيب رقبة من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلا يملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصى تزويج أمة اليتيم ولا يملك كان تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشرىك العنان أن يكتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الأمة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا في كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما ديناً من تجارتها لم يلزمه من ذلك شيء) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان مالية العبد من شركتهما وما ادانه أو احدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الايجاب في ذمته فلا يشتغل بما لا يفيد شراً (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة في ايجاب ذلك في ذمته متعلقاً بماليته لان ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين في عبد لهما خاصة فاذن لهما في التجارة ثم ادانه كل واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه كالأجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه في ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كالأجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده) قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوباً من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين في نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي . قال (ولو كان العبد ميراثاً لأحدهما فاذن له الآخر في البيع والشراء لم يحز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لو ادانه أجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان ادانه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما في الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين على عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الاشياء فله مؤجر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكرى أن يأخذ به أيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالاته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف. وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة (وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتها وأدى الاجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما في شئ خاص شركة ملك لم يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار. قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه والمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والآخر مطالب عنه بكفالاته بما يلتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبداً له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الأجر لانه بدل ما ليس من شركتهما ألا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالأجنبي ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنائير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا. قال (ولاحد المتفاوضين أن يشارك رجلاً شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات في هذا

الفصل ويستوى ان كان الذى شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (و ذكر) الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكي العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرة المفاوضة مع الثانى نقص منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تحقق الا به وتقص أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل . قال (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شئ أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر واكتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه فى حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويحمل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما اذا أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما فهو بمنزلة مالو أجر عبد آله ميراثاً . وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه فى التصرف فى مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه فى مال الشركة وكان شريكه فى ذلك كأجنبي آخر قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفى من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفياً للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه فى الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة فى يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب لو رهن بدين الولد عيناً قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو فى نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه . قال (وان كان الدين من تجارتها على رجل فارتهن أحدهما به رهناً جاز) سواء كان هو الذى ولى المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك في الارتهان به وأما في شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفي ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة في ذلك المال له في لا صرفه الى حاجة نفسه . قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذي ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتباراً للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا بأذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكلا كان أو مالكا . قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتهن رهنا بدين وليه جميعاً) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لا يملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز في نصيبه كان مشاعاً والشئوع يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن في ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز في حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضموناً بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه في نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لا يثبت الضمان في ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلاً فيه ان أجازره صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شيء عليه فهلك الرهن في يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره في الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسألة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شيء عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لاعلى وجه الاستيفاء فلهذا لا يضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المدينون بنصيبه من الدين لانه لم يصير نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن . قال (واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك ومن ملك مباشرة الشيء بالاقرار به لا تنفأ التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيب صاحبه ويجوز في نصيبه استحساناً لان الموكل اذا اقبض الثمن بتسليم المشتري اليه صح قبضه استحساناً وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحاً في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المتفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوباً فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائماً مقام شريكه ولا مأذوناً له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المنصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون على الفاعل خاصة وإذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان ما يجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما وإذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك ما يجب بالشراء الفاسد . قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة فخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كعملهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما في ضمان الغصب والاستهلاك . قال (وإذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال (ولو كفّل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جناية فهو بمنزلة كفالاته بدين آخر لا يؤاخذ به شريكه) في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤاخذ به لان الواجب على المتفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجناية والارش والمهر في حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية والشريك غير متحمل فيه ما يجب لهذا السبب ولهذا لا يؤاخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا تمتعها ولا بنفقة يفرضها الحالك عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يمتثل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يمتثل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المتفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آباءه وأولاده وعبيده ومكاتبه في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار ما بينهما من القرابة بخلاف العبد فكتبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون منهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح . وجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المتفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فهذا يلزم المال المقر خاصة . قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه اذا شهد للمباينة وهي تعقد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك . قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة
 فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمها جميعاً لان هذه العدة ليست
 من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة
 والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمها
 جميعاً وان كانت في عده لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق
 النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعا سواها في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح فهذا كانت كالأجنبية في حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقربه في حقها
 ويجوز اقراره عليهما جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا
 يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز
 اقرارها بالدين لأبوي زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال
 (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول في غير المتفاوض)
 لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك
 في كتاب العتاق . قال (واذا افرق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتب هذا العبد في
 الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه في الحال وصحة اقرار
 المقر في حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون
 ذلك كانشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يردده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه
 لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن
 الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب في المفاوضة
 وكذلك ان أقر أنه اعتقه في الشركة معناه ان اقراره بصح في نصيب نفسه خاصة ولا
 يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق في حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه
 فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما
 على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد في الشركة
 وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت
 استسقاء العبد فالقول قول الذي لم يعتق) لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر
فلا يقبل قوله الا بحجة وعلي المنكر اليمين فاذا حلف كان له أن يستسقي العبد في قول ابي
حنيفة رحمه الله ولا شيء له علي الشريك لا قراره انه باختيار الاستسقاء وذلك موجب
براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من
الضمان بالبراءة) لانه حقه تقرر في ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئاً شريكه
بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان
القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فاذا أنكره كان القول قوله
ولكن له أن يستسقي العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان
نصيبه في ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقل تقرر الضمان لان
يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى واذا سقط حقه في تضمينه تعين في استسقاء العبد
كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت
بالمعينة فيبرأ هو من ذلك ولا شيء على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان
القول قوله أيضاً لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر في
الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه في المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام
الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سقاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد
من نصف قيمته لانه أثبت بينته بسبق التاريخ في الاعتاق وأبقى ما لزمه من الضمان به
والتشريك بينته يبني ذلك والبيانات الاثبات فيترجح بزيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما
انه كاتب عبداً على الف درهم في الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت
اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يكاتب) لان المكاتب
يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا
حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركاً بينهما بعد
الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه
وقال الاخر كاتبته في المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول
الذي لم يكاتب لان ملكه في نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له في نصف
الكسب فالشريك بما قال يدعى بملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذى لم يكاتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهما وقد مات فياخذ ان المكاتب من تركته والباقي ميراث قال لان ولاءهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميعاً لم يركبوا ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا بينة) لا هم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركاً في الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص به بعد ذلك لا يقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما في أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعاً بعد ما يحلف الآخرون ما دخل هذا في قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركاً في الاصل فانما يستحق ذو اليد باعتبار يده ما لم نعلم فيه حقاً لغيره فانما اذا كان معلوماً فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى ما في ذمته مطلقاً فكذلك لا تسمع منه دعوى ما في يده بخلاف ما قبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان في يد أحد الفريقين مال فقالوا هذا لا يينا تبيل المتفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك في حياته لم يسمع ذلك منه وكان ما في يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المتفاوضة فكذلك دعوى الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان في الشركة ثم أقروا بهذا وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة في حق المقر وقد زعموا ان هذا ما لم يتناوله البراءة لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة مما كان في الشركة وغيره فلا حق لهم فيه لانه دخل في البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما أو من غير شركتهما . قال (وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين شريكه) الا انى أستحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى المتفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشراهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المتفاوضة لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالماً بمحاجته الى ذلك في مدة المتفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقه وتفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشتري باشر سبب الالتزام والآخر كفّل عنه ما لازمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحض من صاحبه فجحوده يكون فسخاً لانه ينفي بالجحود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما في يده اذا قامت البيّنة على المفاوضة لانه كان أميناً في نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامناً كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر في يد وارث الميت أمانة فبالجحود يصير ضامناً فان ماتا وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصى كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعة لانه قائم مقام الموصى وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذي ولى المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرّين بالمفاوضة كما لو كن الموصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً في نصيب صاحبه . قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهي بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ماصار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الا عند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذي اشتراها بمنزلة ما يشتره من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) في الجامع الصغير أن الجارية للمشتري بغير شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما تقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشئ منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اديا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشتري بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور في كتاب الشركة

قولهما. وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بمحصته من ذلك كما في الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضى الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. ألا ترى انهم الوشرط بالتفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تملك نصيبه من المشتري بعد الشركة فيكون واهبا لنصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله يقرره ان اذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرنا ان اعتبار اذنه في القرار المشتري بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما وامامة أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجمل هذا الطريق اثنعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشتري للمشتري خاصة بعقد الشراء فلماذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحققت للمستحق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحققت لان وجوب المقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة في شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤخذ بالمقر بسبب الشراء في الحال ولا يؤخذ بالمقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتها بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما في البيع كفعلها ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشتري أو أبرأه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجز إبراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لأن الهبة والإبراء ليس مما تقتضيه المفاوضة * وإن كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشتري جاز في نصفه لأنه مالك لنصيبه فيجوز إسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل إذا أبرأ المشتري فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وإن أقاله البيع جاز عليه وعلي الذي ولي البيع لأن الإقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فإن الإقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الأب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان . قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لأنه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو عين أحدهما عينة بصورة العينة أن يشتري عينا بالنسيئة بأكثر من قيمته لبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكي العنان وقد بينا أن هناك إنما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة إذا كان في يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما إذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة . قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم إليه صاحبه في طعام كان جائزاً على شريكه) لأن قبول السلم من صنيع التجار * فإن قيل * كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل في حق صاحبه فإنما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل * قلنا * هذا في شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه أن قبول السلم تبع مافي ذمته والتزام ضمان مافي الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة ما لو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا أن ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم . قال (وإذا باع أحد المتفاوضين عبداً بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لأن الشركة انقطعت بينهما بالموت فالتبقي ولاية المطالبة والخصومة بالمقد وذلك إلى العاقد أو إلى من قام مقامه بعد موته من وصي أو وارث ولكن إن أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه لأن نصف الثمن ملكه إذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه إليه فإذا دفعه المشتري إليه بنفسه برئ

استحسانا كما تشتري من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مقيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبمد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشترى ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشرء اذا كان مقيدا كان صحيحا كالمولى اذا اشترى شيئا من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئا من مال المضاربة من المضارب كان صحيحا . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعما يجمله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئا من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا) لان هذا العقد غير مقيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مقيدا كان باطلا لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغوا واللفو لا يكون مشروعا * وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الاخر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة ما لم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتي يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثا اشتراها الاخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضي لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتي يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذا فقد موته حكما ولانه صار حريبا ولا عصمة بين الحربى في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يسقى وان رجع مسلما قبل ان يقضى القاضي بلحاقه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل برودة الوكيل ولحاقه ما لم يقض القاضي به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الجا كم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتحويل القاضي اياه حين قضي بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على رده لم يلزمه ذلك الدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه في حال رده وكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته
 وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة
 العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بمد رده وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا
 باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذا قتل
 أو لحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته . قال (ويبيع
 أحد شريكي العنان وشراؤه واقاراه بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل
 المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه
 وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على
 رده لم يلزمه من ذلك شيء وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا
 قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوت حكمه
 في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أو مات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالباً به . قال (واذا باع
 أحد المتفاوضين متاعاً ثم افترقا ولم يعلم المشتري بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن
 كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل
 ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشتري حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ
 لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم
 به وهذا لان المشتري بنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق
 قصداً عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصداً لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة
 لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذي ولى البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم
 به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل
 الوكيل حكماً لتحويل ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به . ألا ترى أن
 الوكيل ينزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصداً . قال (وان وجد
 المشتري به عيباً لم يكن له ان يخاصم الا الذي ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة
 في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه
 لانه في النصف كان وكيلاً فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه . قال (ولو كان رده على
 شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بتقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الاخر مطالبا
 بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر
 الديون . قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن
 أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بإبطال المستحق وتبين ان
 رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشتري ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد
 باليب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحا الى وقت الرد وانما
 وجب الثمن على البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشتري ان
 يطالب به الاخر . قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك في الخياطة
 مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل
 واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه ما بقيت الشركة بينهما ﴿ فان قيل ﴾ عمل الخياطة مستحق
 على من باشر السبب والاخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط على الخياط ان يخيط
 بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿ قلنا ﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما
 كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التي
 هي ركن المفاوضة لا تتحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة
 فلا جرم اذا تفرقا أومات الذي قبض الثوب لم يؤخذ الاخر بالعمل لان الموجب للاتحاد
 هو الشركة وقد انقطعت وانما بقي معنى الكفالة فكان الشرط على الخياط فلا يطالب
 الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذي قبل بطل هذا التقبل لقوات المعقود عليه وهذا
 نظير ما لو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان
 لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في
 ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط على الخياط العمل بنفسه هذا
 لا تجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة في ايفائه فتصح الكفالة
 وبعد صحتها اذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة
 الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال برئ الكفيل
 لان الاجازة قد انقطعت بموته . قال (واذا كان بين رجلين كره حنطة وكر شعير ولم يأمر
 أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الاخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعر لان الشركة بينهما شركة ملك و كل واحد منهما في التصرف كالأجنبي من صاحبه فيكون غاصبا للدابة ولنصيب شريكه من الشعر يحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعر اذا تلفت بحمله وليس هذا كشریک العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الحمل كما أنه وكيل صاحبه في التجارة فلهذا لم يكن ضامنا. ثم ختم الباب في الاصل بما اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملأ بأبدانهم وقد بينا جواز المفاوضة في هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان في المفاوضة لايجوز اشتراط التفاوت بينهما وفي العنان لايجوز ذلك في شركة الوجوه الا أن يشترطا التفاوت في ملك المشتري وفي القبول يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في القبول فاما مع اشتراط التساوي في أصل القبول لا يصح منهما اشتراط التفاوت في الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضا أن الربح بينهما على الشرط والوضعية بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما في أصل القبول لكانت الوضعية على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان في القبول هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت في العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه هما متساويان بثن في ذمتهم فمع التساوي في ملك المشتري لا يصح منهما شرط التفاوت في الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تقوم بالعقد فنفعة كل واحد منهما تقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشتري فانه يقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شيء من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان واذا قبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما اذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسا واستحسانا في هذا الفصل في القياس لا يطالب الا من قبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لا يطالب الاخر به فكذلك اذا قبل العمل وفي الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا القبول مقصود بالشركة قفيا هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآخر استحسانا لانه هو المقصود بعقدتهما . وبيان كونه مقصوداً أن

الشركة التي بينهما لا تنفك عن هذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحساناً أيضاً وأنه لو ادعى عينا في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره في نصيب شريكه أيضاً استحساناً ومحمد رحمه الله في هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كإقراره بالدين وما يتلف بجناية في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشئ من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لأن وجوب ضمان ما جنت يده باعتبار العمل وما في العمل كالمفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليه وكذلك الاقرار بالعين فإن الشركة لا تنفك من ذلك لأن من يسلم إلى أحدهما العمل فلا بد له من أن يسلم إليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند إقامة العمل فإذا لم يصح إقراره في حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (وإذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسدة) لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لا تجوز الوكالة فيه ولو وكل انساناً بأن يحتطب له لم يصح التوكيل وكان الحطب الذي لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لأن كل واحد منهما في المعنى يوكل صاحبه بمباشرة بعض ذلك العمل له ولأن الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة في الجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه إذا باع لأن البدل يملك بملك الاصل فإن احتطب أحدهما وأعاناه الآخر فله أجر مثله على الذي احتطب لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر مثله ولا يجاوز به نصف الثمن في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالنأ ما بلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمى فيعتبر رضاه في إسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك ألا ترى أنه لو استأجر

حملا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقبض منها خملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمي
 وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار القصد والتسمية اذ المنافع لا تقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد
 على المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه
 لا يدري أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا أم لا والرضا بالمجهول لا يصح
 فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغ ما بلغ فاذا أصاب
 شيئا أولى بخلاف حمل الحنطة فان القبض منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به
 المسمى وعلي هذه الشركة في سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال
 والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فاذا عملا ذلك وبخطاه ثم باعوا قسم الثمن على كيل ووزن
 ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن
 في البيع انما يقسم على ماله المعقود عليه وماله المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن
 فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل
 واحد منهما لان معرفة المالة فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار
 ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما في النصف لانها استويا في الاكتساب وقد
 كان المكتسب في أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان في يده
 والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا بينة لانه يدعى
 خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئا كان في يد صاحبه ولا يستحق المرء ما في يد
 غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكها
 أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل في هذه الاشياء لا يجوز فانها
 على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن يلبنان من طين
 لا يملكه أحدا أو يطبخانه آجرا أو يشركا على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا
 يصح التوكيل به لكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه . قال (وان كان من طين
 النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطبخانه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال
 فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه في هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد
 منهما وكذلك سهلة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء
 لا يشتريانه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا في الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسلنا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحدهما فأرسله جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخنه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك . قال (واذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكليين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخنه جميعاً فقد تقرر المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير علي ان يؤجرا ذلك فمارزقهما الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك علي أن يكون جميع الأجر لي كان باطلاً فكذلك اذا قال علي أن يكون نصف الأجر لي وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببذل العين وكذلك اذا قال بع دابتك علي أن يكون نصف ثمنها لي كان باطلاً فكذلك في الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرة قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً لغبن لانه يتعين في القصد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الأجر بينهما علي مثل أجر البغل وأجر البعير لان الأجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما علي قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالأجر بينهما نصفان لان استحقاق الأجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان أجر البعير بعينه كان الأجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه علي الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى
وقال محمد رحمه الله تعالى عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ وهذه والمسألة الأولى سواء . قال
(وليست الشركة في اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة في عمل أيديهما بأدائهما) حتى
إذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعمل بأداة هذا في بيت
هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل
العمل والعمل بالتقبل يصير مضموناً على كل واحد منهما والتوكيل في ذلك صحيح فكذلك
الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فإذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك
منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما . قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة والآخر إكاف
وجواليق على أن يؤجر الدابة على أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في
معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل في مثله لا يصح فان أجر
الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل
على الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجواليق يتأني الحمل بدونهما فلا يقابلها شيء من
البدل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد
فله أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي
يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الى رجل يؤجرها على ان ما أجرها به من
شيء فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتباراً للعقد الوارد على المنفعة به بالعقد الوارد
على الدين ولو دفع الدابة اليه لبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة
والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله في اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل
وللذي أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له
أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة في ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها
البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان
رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فإذا فسدت شركته فالربح لصاحب
البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المفقود عليه لا بد ما حمل عليه من المفقود عليه
ولصاحب الدابة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض
فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

في هذه كالدابة اعتباراً لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : إعلم بان الاصطياد مباح في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسيبه يكون مشروعاً وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطاده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس . والحيوانات نوعان . نوع منها مالا دم له فلا يحل تناول شيء منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعاً وذلك لا يتحقق له فيما لا دم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى . والمستوحش نوعان منها صيد البحر لا يحل تناول شيء منها سوي السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخضب لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخضب من الطير ولمنع الخبث فيهما فان من طبعهما الاختطاف والانتهاز فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعاً وانما أيسر لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل تناول منها فيما يحل منها بالذكاة
قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية
محذور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا
يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما هو محذور عقلا
كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم في الذبح والاصطياد
تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي فيكون ذلك سبباً مباحاً
اليه وأشار الله تعالى في قوله هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود
فلا يكون محظوراً عقلا كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة في وقتها .
والذكاة لغة التوقد والتلب الذي يحدث في الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدة
الحرارة وسمى الرجل الذي في خاطره حدة ذكياً فهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطيب
اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكي أطيب لحماً من الميتة وأبعد من النسيس والفساد
. وقيل الذكاة عبارة عن تسهيل الدم الفاسد النجس فان المحرم في الحيوان الدم المسفوح قال
الله تعالى في جملة المحرمات أو دمًا مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطهيراً بتميز
الظاهر من النجس وهو نوعان الذبح في المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة
ما بين اللبة واللحين والجرح في أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض
ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففي كل موضع يكون الذبح في المذبح مقدوراً له
لا يثبت الحل الا به وفي كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل تناول بالاصطياد
مختص بشرائط (أحدها) أن يكون ما يصطاد به معلماً (والثاني) أن يكون جارحاً قال الله
تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلين تعلمونن مما علمكم الله) وفي معنى الجوارح قولان
(أحدهما) أن يكون جارحاً حقيقة بنباه وغلبه (والثاني) الكواسب قال الله تعالى ويعلم
ما جرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حمله عليها فتقول الشرط أن يكون من الكواسب التي
تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك في السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن
حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل . فلما حرم تناول عند عدم الارسال في أحد الكليين دل أن الارسال في ذلك

شرط ولأن التذكية إنما تكون موجبا للحل إذا حصل من الآدمي فلا بد من جعل
 آلة الصيد نائبا عن الآدمي ليحصل الحل بفعله وذلك لا يكون إلا بالارسال واشترط كونه
 معلما لتحقيق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) إمساكه على صاحبه لقوله تعالى
 فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الأمر مفيد للجوب ولا يجب
 التسمية عند الاكل فصرنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد
 مما يباح تناوله ويكون ممتنعا ومستوحشا (والسابع) أن لا يتواري عن بصره أولا
 يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدري لعل موته كان بسبب آخر
 سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بقوله كل ما أمت ودع
 ما أئمت والائمة ما رأته والائمة ما غاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدري لعله لو تبعه
 وقع في يده حياء وقد رعى ذبحه في المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه
 انه متى اجتمع في الصيد لعل وعسى أن لا يحل تناوله . واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم
 لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن
 الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا
 فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب بيانه مروي عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض
 فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا أن يكون رأسه محدداً وقيل
 سهم لا ريش له فربما يصيب السهم عرضاً يندق ولا يخرج وهو مروي عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب
 بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والخرق هو الخرق الا أن لفظة الخرق
 تستعمل فيما لا حياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل في الحيوان وقد بينا
 أن الحل باعتبار تسهيل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق
 فان ذلك في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى
 نعامة فضر بها انسان فوقها فألقاها على كناسة وهى حية فسالنا سعيد بن جبيرة فقال ذكوها
 واكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جازتناولها لقوله تعالى الا ما ذكيتم والحصول
 ماهو المقصود وهو تسهيل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضي
 الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الا كل وبه أخذ علما ونا رحمهم الله قالوا الكلب اذا أكل من الصيد الذي أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم وهو أحد قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه لحديث أبي ثعلبة الخشني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد الكلب كل وان أكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيدا وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم ما بقي منه على صاحبه كما لو قتش في غلابة صاحبه وتناول شيئا من القديد من لحم الصيد . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي ابن حاتم رضي الله عنه فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه وتأويل حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ في دم الصيد وعندنا ذلك القدر لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كالواو انعدم الارسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الا كل وبه نأخذ وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى البازي والكلب اذا أكل من الصيد لا يحل لما بينا أنه يمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا علي وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الا كل وجثة البازي لا تحتل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثاني) ان الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتي بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الا كل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب أن يكون معلما والبازي متفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الأكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كالحمة فتبين شره من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكننا نقول هذا
 دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك
 عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك فكان دليل علمه وأمسكه على صاحبه ما يحتاج اليه
 صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالواكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب
 المجوسى أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك
 الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به
 يوجب الحل فان كان للمجوسى كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) فى الرجل يرسل كلبه
 فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه
 نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر
 فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من
 شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكلين والاصل انه متى
 اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب موجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم
 ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضى الله تعالى
 عنه . قال من رمى صيدا فتردى من جبل فلا يأكله فانى أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا
 فوقع فى ماء فلا تأكله فانى أخاف ان يكون الفرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل
 فانك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة . فان الله تعالى
 ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى موجب للحل ومعنى موجب للحرمة
 يغلب موجب للحرمة وهذا بخلاف ما لو رمى طيرا فى الهواء فوقع على الارض ومات فانه
 يؤكل وان كان من الجائر أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه
 فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع فى الماء والتردى من موضع فانه يستطاع
 الامتناع عنه ويستوى فى ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعمش فى الماء غير مجروح فأباعد
 الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى
 بعد الذبح من موضع أو وقعت فى ماء لان قطع الحلقوم والوداج زكاة مستقرة فانه يحادى
 بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمى ليس بزكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد فى

يد الرامى حيا لم يحل الا بالذبح فلماذا كان التردى من الجبل والوقوع فى الماء محرما له وعن
عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قومى
يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع
قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى خبطة ونهبة ومجثة وعن كل ذى ناب من
السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير
مأكول اللحم وهو مذهبنا. وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع
لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه
قال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا فى ذلك الحديث
الذى رويناه وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولأنه ذو ناب يقاتل بنابه فلا
يؤكل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخبت باعتبار ما فيه من القصد الى الاذى
والبلادة فيدخل فى جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. وحديث جابر رضى الله تعالى
عنه ان صح فتأويله انه كان فى زمن الابتداء ثم اتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة
شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف فى أن الضبع
صيد بحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى
حديث أبي الدرداء رضى الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي
والمقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفى
ذكر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الاكل هذا الخلق الردى
وفى المحتمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يحتم عليه الكلب فيقتله غما
لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يحتم على
الصيد كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع
ما يقصد بنابه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد ففرقنا ان المحرم ما يبناء وعن
ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أكل الجيف وبه
نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالفرار والفراب الابقع مستخبت طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقاً يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم في الحل والحرم وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذي يلتقط الحب فهو طيب مباح لأنه غير مستخبث طبعاً وقد يألف الآدمي كالحمام فهو والعقق سواء، ولا بأس بأكل العقق فإن كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لأنه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فإنه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد تخط أيضاً وهذا لأن ما يأكل الجيف فله يثبت من الحرام فيكون خبيثاً عادة وهذا لا يوجد فيما يخط وعن ابن المسيب رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تنزع الشاة إذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفي هذا زيادة إيلاء غير محتاج إليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الأشعث الصبغاني رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وإذا قتلتم فأحسنوا القتل وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخاع ليس من الإحسان في شيء وكان منها عنه وروى كراهية ذلك عن عمرو بن عمر رضي الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضي الله تعالى عنه لا تجروا المعجماء إلى مذبحتها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا المر على الأوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذبح لم ينزع ولم يبد بسلخ حتى تبرد الشاة. وفي هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وإن ذلك ليس من ترك الترحم في شيء بخلاف ما قاله جهال المتقشفة وفيه دليل على أنه ينبغي للذابح أن يتحرز عن زيادة إيلاء غير محتاج إليه (وعن) عكرمة رضي الله تعالى عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات. وبه نأخذ فنقول يكره له أن يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة إيلاء غير محتاج إليه. وضرب عمر رضي الله تعالى عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأي رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدما الى الموت فودا رفيقا
وفي رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف ما يراد بها كما
جاء في الخبر أبهت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحفنها وسفادها فاذا كانت تعرف
ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها فقيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة
ولكن الشاة لا تحرم بشئ من هذا لان ما هو المطلوب من الذكاة وهي تسيل الدم النجس
منها قد وجد والنهي لمنى في غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن)
رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج
فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه
يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وأفراء الاوداج والانهار التسيل ومنه
سمى النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء
القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرى والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة
تمييز الطاهر من النجس بتسيل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب
لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانها منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع
الاوداج بالقوة لا بمحمة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح
بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة
والعظم المنفصل اذا كان محدودا اختلاف بينه (وعن) عامر قال لا بأس بذبيحة الاخرس
اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه
الشفيتين بمنزلة البسملة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يكون الناطق
شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك
باعتقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق
الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناس واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض
فبعذر الاخرس أولى (وعن) علي رضي الله عنه في الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال
لا بأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضي الله
عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى
بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك في إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لانه زيادة ايلام غير محتاج اليه وان بدأ من قبل القفا فان قطع الحلقوم والاولداج قبل أن تموت الشاة حلت فان مات قبل أن تقطع الحلقوم والاولداج لم تؤكل لان فعل الذكاة بقطع الحلقوم والاولداج عند القدرة وان مات بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما اذا مات قبل قطع الحلقوم والاولداج (وعن) سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء في ذلك لان الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وان أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره واذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحر لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم لما مضى عن أمته قال هذا ممن شهد لي بالبلاغ الي يوم القيامة انما قال بعد الذبح لامه (وعن) رافع بن خديج رضى الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة قد نذر فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه . وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح في أى موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم - لم ان لها أوابد كأوابد الوحش أى أن لها نفرا وا- تيجاشا كما يكون الوحش الا ان الاغلب من حالها الالف والوحشى أغلب حاله التوحش فاذا صار ألوف التحق بما هو ألوف غالبا واذا توحش التحق بالوحشى غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لا طعام المساكين وقد كان ذلك معروفا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتبة بن رافع بن خديج رضى الله عنه ان بعيرا ردى في نهر بالمدينة فوجى من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضى الله عنهما عسيرا بدرهمين وفي هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وانه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه في مهوى فان ابن عمر رضي الله
 عنهما مع زهده وتفرده رغب في الشراء منه والمسير تصغير المسير وقد روى عشيراء وهو
 سواد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بمير في بئر ولم يقدر
 أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. ففي هذا بيان أن السنة في البعير النحر وفي البقر
 والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله
 يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذي جاء في
 الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه
 وسلم. لم عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع المطف
 معلوم في لسان العرب قال القائل * علقها تبنا وماء بارداً * أى وسقيتها ماء بارداً لان الماء
 لا يطف وعن علي رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة
 ليست بشرط فيها بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة
 بكون الآخذ مجوياً أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكي وحيث
 لم يشترط في السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم
 أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض
 وفيه الميت وغيره قال كله كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة
 والثاني بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتاً فلا بأس بأكله لان موته
 لا بد أن يكون بسبب فانه بحري الاصل برى المماش كما قيل ان يبض السمك اذا انحصر
 عنه الماء يصير جراداً فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات
 في غير موضع معاشه وذلك - بب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ما روى أن مريم رضي
 الله عنها - ألت لحماً هشاً فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعاً بأكل الجراد حتى
 قال يوماً في مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نعمة (وعن) عمرة قالت خرجت
 مع وليدة لنا فاشترينا خريته بقفيز من حنطة فوضعتها في زنبيل فخرج رأسها من جانب
 وذنبها من جانب فمر بنا على رضي الله عنه فقال لي بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه
 وأوسعه للعيال ففي هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروي عن
 ابن عباس رضي الله عنهما فانه سئل عن الخريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأساً فأما أهل

الكتاب فيكرهونه . وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون
 الخريت ويدعون قول علي رضي الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن
 الخريت من جملة المسوخات وهذا باطل فإن المسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل
 الخريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة
 قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما
 الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن
 يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يرضيه فانما الذي لا يرضي
 المرء مما ورد النهي عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو
 كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما
 أنه أتاه عبد اسود فقال انني في غم لا هلي واني سليل الطريق أفأسقي من لبنها بغير اذنهم فقال
 لا فقال اني أرمى الصيد فاصي وأثمي قال كل ما أصميت ودع ما أثميت . قال أبو يوسف
 ومحمد رحمهما الله تعالى الا صماء ما رأيته والانهاء ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا
 توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بيننا أن ما لا يستطاع بالامتناع
 عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعي أن يسقي من لبن النعم بغير اذن أهلها
 فان ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعي أمر بالرعي والحفظ
 والسقي ومن لبنها بمنزلة هبة عنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذي جاء في الحديث
 ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعي النعم فاستسقاها اللبن تأويله ان ذلك الراعي كان يرعى
 غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه
 (وعن) موسى بن طلحة رضي الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه
 وسلم أرنبا مشويا قال لأصحابه كلوا قال الاعرابي اني رأيت دما قال رسول الله صلى الله
 عليه و - لم ليس بشيء وقال للاعرابي اذن فكل فقال اني صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة
 أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب ما كول وقد قبل
 ر - ول الله صلى الله عليه و - لم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك
 (وقول) الاعرابي اني رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبه تحيض كالنساء فبين

- و-ول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشيء . وفيه دليل على أنه لا بأس للمهدي أن يأكل من هديته فإن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه إلى الأكل وإنما بعث ليتم مكارم الأخلاق فما كان يدعو أحدا إلى ما يخالف ذلك وفيه دليل على أنه إذا دعي إلى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول اني صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحثهم على ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل على أن الأفضل أن يكون صومه في الأيام البيض لقوله صلى الله عليه وسلم - لم جعلها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في ليالها من أول الليل إلى آخر الليل فكان الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روي أن آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط إلى الأرض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الأول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاءه -ائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أطمعين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال أكل الضب على ما نذر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه كان ينظر إليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لأنه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصديق به ولو لم يكن كراهية الأكل للحرمة لامرها بالتصدق به كما أمرها به في شاة الانصاري بقوله أطعموها الاساري والحديث الذي فيه دليل الإباحة محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الأصل أنه متى تعارض الدليلان أحدهما بوجوب الحظر والآخر بوجوب الإباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لأنه من المسوخات على ما روي أن فريقين من عصاة بني إسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنزير
(وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور. ثم قد بينا أن
المسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بمسوخ وإن نسخ قوم من جنسه
ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث لكونه مستخبنا طبعاً كسائر الموام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم
حين حمر أهلية فذبمناها وأن القدر لتغلي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفثوها
بما فيها ونهى عن أكلاها فقلنا بيننا إنما حرمها لأنها نهيبة لم تخمس فقلت سعيد بن جبير رضى الله
تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمها البتة. وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الأهلي
وكان بشر المريسى يبيع ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى أن عائشة رضى الله عنها
سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً الآية (وعن) طاوس قال
قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون أن لحم الحمار الأهلي حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول
ذلك عندنا بالبصرة فأتى ذلك الخبر يعنى ابن عباس رضى الله عنهما وفي حديث الجبر بن غالب
رضى الله عنه أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لى من مالى إلا حميرات
فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فأتى إنما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار
الأهلى بالوحشى فإنه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه مأكول فالأهلى من جنسه
مأكول كالابل والبقر وما لا يكون أهليه مأكولاً فوحشيه لا يكون مأكولاً كالكلب
والسنور وحجتنا فى ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرمها يوم خير لقلة
الظهر لأنه أمر بالكفاء القدور بعد ما صار لحماً ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لأنها نهيبة لم
تخمس فإنه كان مأكولاً فللغنائمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لأنها
حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الجليف كالجلالة فإنه خص الحمار الأهلية بذلك وفى
هذا المعنى الحمار وغيره سواء فمرقنا أنه حرمها البتة (وقد) روى أنه أمر أبا طلحة رضى الله
عنه فنادى ألا إن الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمار الأهلية فأنها رجس وروى ابن
عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خير عن متعة النساء وعن الحمار
الأهلى ولما بلغ علياً رضى الله عنه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما بإباحة المتعة فقال له نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمار الأهلية زمن خير فترجع الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الخبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل ان لنا أحمره عجافا * يا كلن كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الا كاف وما نقلوه عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالاية لتركيبها وزينة على مائتين وعائشة رضي الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهل بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً اهتدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً غفيراً أو رجل حمار وحشي فأمر أبا بكر رضي الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر بالا كفاء للتقدر في لحم الحمار فقد ورد مثله في الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصابتنا جحاجة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلي بها فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بكفء القدور ومعلوم أن تضييع المال لا يحل ففرقنا أن الامر بكفء القدور في الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحريث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقتلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فكذب الينا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي. وبهذين الحديثين يستدل من يرخص في لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله في لحم الخيل فأما أنا فلا يمجبني أكله وما قال في الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال لابي حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل في الاسواق من غير نكير منكرو ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه ففرقنا أنه مأكول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه في الحرب فلماذا نهاهم
 عن أكله لا لحرمته وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال
 والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب
 والزينة في الخيل ولو كان مأكلولالكان الاولى بيان منفعة الأكل لانه أعظم وجوه
 المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة
 وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه في الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولانه
 ضم الخيل الى البغال والحمير في الذكرك دون الانعام والقرآن في الذكرك دليل القرآن في
 الحكم وبنحوه استدلال ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ما حين كره لهم الخيل كما روى عنه
 في الكتاب وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
 عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدم بن معد يكرب رضي الله تعالى عنه أن
 النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل
 الموجب للحرمه يرجع فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي
 ولان نتاجه غير مأكل وهو البغل لان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه
 حكمها في الحل والحرمه فاذا لم يكن مأكولاً عرفنا أن الخيل ليس بمأكل * ثم الخيل تشبه
 البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلي بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر
 وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وانما
 جعل يوله قبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة ومن
 قال الكراهة للتنزيه لالتحريم قال ان الفرس كالأدمى من وجهه ومن حيث أنه يحصل ارباب
 المدبره ويستحق السهم من الغنيمه والأدمى غير مأكل لكرامته لان نجاسته والخيل
 كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل
 بوله قبول ما يؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بئمن كلب الصيد وروى
 أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه نأخذ فقول بيع الكلب المعلم
 يجوز وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً معلماً كان أو غير معلم لما روى
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي وأمر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا تمتقوما لما أمر بذلك ولان

الكلب نجس المين بدليل نجاسة سوره فلا يجوز بيعه كالخنزير والدليل عليه انه لو كن محل
البيع لم يفرق بين العلم منه وغير العلم كالقهد والبازي . وحجتنا في ذلك ما رواه ابراهيم من
الرخصة وذلك بعد النهي والتحريم فيه يتبين تيسيراً تساخ ما روى من النهي وهذا لانهم
كانوا ألقوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها
فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة
ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن منتفعاً به من الكلاب وهو كلب الصيد والحراث
والماشية وقد جاء في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الكلب الا كلب الصيد والحراث والماشية وروى أنه قضى في كلب الصيد
بأربعين درهما وفي كلب الحراث بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان
رضي الله تعالى عنه أنه قضى علي رجل أئلف كلباً لامرأة بعشرين بغيراً والحديث له قصة
معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعاً جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه
منتفعاً به أنه يحل الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تملكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة
وبعد الموت بالوصية فيجوز تملكه بالعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس المين فان
الانتفاع بما هو نجس المين لا يحل في حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تملكه قصداً بالهبة
والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن العلم وغير العلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في
حكم البيع حتى ذكر في النوادر لو باع جرواً جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذي لا يجوز بيعه
العقور منه الذي لا يقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب
وهكذا يقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فبيعه جائز وان كان لا يقبل
ذلك ولا ينتفع به فينبذ لا يجوز بيعه والقهد والبازي يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما
كذلك (وعن) جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب
والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث في السنور حديث النبي صلى الله عليه
وسلم أنه كان يصنع لها الاناء قد شرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة
عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصنع الاناء للهر ليشرب منه ثم
يتوضأ . وفي هذا دليل على أنها ليست بنجسة وقد نص على ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها
من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول على أنه كان في الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتاني ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وإنما يشترط أن يكون المرسل مسلماً أو كتابياً لأن الاصطياد في كونه سبياً للحل كالذبح والاهلية للذباح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصاً لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وإنما يتحقق ذلك عن معتقد توحيد جات قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فهذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيد . قال (واذا ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبح عندنا ولم يحرم عند الشافعي رحمه الله والمسلم والكتاني في ذلك سواء) وان ترك ناسياً لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وكان على وابن عباس رضي الله تعالى عنهما يفتلان بين العامد والناسي كما هو مذهبنا وقد كانوا يجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وإنما يختلفون اذا تركها ناسياً وكفى باجمعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء بن عازب وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله - حي أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكرك في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن متروك التسمية ناسياً قال يحل تسمية ملته وفي إقامة الملة مقام التسمية لافرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتونا بلحوم فلا ندري أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفي المأمورات لافرق بين النسيان والعمد كقطع الخلقوم والاداج وكالتكبير والقراءة في الصلاة انما يقع الفرق في المزجورات كالاكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهياً اعتقاداً فأما موجب الامر بالاثمار والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤثماً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندباً لا حتماً كالطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه ندب وليس بتحتم فهذا هو طريق اليه اولى
والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطاً لما حلت ذبائحهم
لأنهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان
النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا
في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهى يقتضي
التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه
والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية
عن المذبح فالمذبح الذي يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقاً أهل
لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصف دليل على أن
ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة
وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالى حتى انه وان ذكر اسم الله
تعالى لم يحل وقال تعالى فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف يعني عند النحر بدليل قوله تعالى فاذا
وجبت جنوبها أى سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه في تفسير الآية ذكر اسم الله
تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية
والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأورها ومطلق الامر الوجوب
وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لم يعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه
اذا أرسلت كلبك المعلم وذكر اسم الله تعالى فكل والمعطوف على الشرط شرط وأكد
ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك . فعلم للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه
وشئ من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتاني تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق
يمقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين
لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فيه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا
ببناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله
تعالى على سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما
يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

ففرقنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم أنا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لأنهم كانوا
 يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف
 الطبخ والأكل فأنهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك نذب
 وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا ألا ترى أن
 في حالة النسيان تمام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف
 وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولأن العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن
 يجعل مسمياً حكماً بخلاف الناسى فإنه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير
 المعذور أصل في الشرع في الذبح وغير الذبح ألا ترى أن في اعتبار الذبح في المذبح يفصل
 بين المعذور وغيره وفي الأكل في الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالمأمور
 والمزجور فالأكل في الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع في الاحرام
 كذلك ولكن متى اقترن بحالة ما يذكره كثرة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم
 يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح
 الانسان الطير وقلبه مشغول بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على أنه
 اذبح على اسم الله تعالى اذا كان ناسياً غير معرض بدليل أنه ذكر في بعض الروايات وان
 تيمم لم يحل وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها دليلنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع
 الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وانما
 أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً
 من اشترى لحماً في سوق المسلمين يباح له تناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم أنه ذبيحة
 مجوسي* ثم التسمية في الذبح تشترط عند القطع وفي الاصطيداء عند الارسال والرمى لأن
 التكليف بحسب الوسع وفي و-ها التسمية عند الرمي وليس في وسعه التسمية عند الاصابة
 فتقام التسمية عند الارسال والرمى مقامه كما يقام الجرح في المتوحش مقام الذبح في المذبح
 في الاهل ولأن التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطيداء فعله الارسال والرمى وعلى
 هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل
 ولو رمى سهماً الى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكيناً وسمى ثم تركها وأخذ
 سكيناً أخرى أو أرسل كلبه الى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب في فوره ذلك الصيد وغيره حل الا كل وجهه ليس نظير النسيان . ألا تري أن الجمل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه على جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل لان التعيين في الاصطياد ليس في وسمه والتعيين في الذبح في وسمه . قال (ولو أرسل كلبه ولم يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوّه والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا تبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلاً معتبراً فان فعل المعجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمي فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقتربت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل المسلم كلبه على صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسى هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فأما اذا انبث الكلب والبازى على أثر الصيد بغير ارال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم فيأخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجر في القياس لا يحل أيضاً لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن في يده حين زجره وبدون الارسال لا يحل صيد الكلب واكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصيد قد يتلى بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر الى صاحبه لينزجره - حتى اذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من أخذه ثم ابعائه لم يكن فعلاً معتبراً فالحاجة الى ابتداء الفعل لا الى فسخ الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الى فسخ فعل معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً في الطريق فألقى انسان حجراً على شفيره فيعثر انسان في الحجر حتى هوى في البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو ثنى حجراً من

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان علي الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقي حكم فعله بخلاف الاول . قال (واذا توارى السكب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطيع الامتناع منه والتواري عن بصره لا يستطيع الامتناع عنه خصوصاً في الفناص والمستأجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والسكب عنده والبازي وبه جراحة لا يدري السكب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال السكب والبازي والرمي والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلاً له ولكن نستدل بما روى أن رجلاً أهدي الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فقتل عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لي فيه وقال ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أثميت والانماء التواري عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطيع الامتناع عنه جعل عفواً فأما ترك الطلب فما يستطيع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فعله لو لم يترك الطلب وجده حياً فذكاه فن هذا الوجه يكون تاركاً ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب كما لو وقعت الرمية في الماء . قال (واذا أرسل كلبه أو بازيه علي صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيد فهو كله حلال ما دام علي وجه الارسال) لان الارسال قد صح من المسلم موجباً للعمل فما تأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له علي صاحبه يحل وتعيين الصيد في الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فانه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لا يحل ولكننا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذه وهو الارسال فأما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيد كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعاً فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلاً ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلاً فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل (فان قيل) كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه (قلنا) انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه لياتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل المعجم معتبر في نسخ حكم فعل الآدمي به كمن أرسل دابة في الطريق فقهرت سنن الارسال وذهب يمينه أو يسرة فأتلفت ماله لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حي فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحساناً وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالتيسيم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو . وهنا لم يقدر على الاصل فبقى ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكننا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع في يده حياً وهذا قد وقع في يده حياً فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت فجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذي جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقي فيه اضطراب المذبح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حياً وموته مما أصابه وحياته . وهووم فأما يذني الحكم على ما هو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً في يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار . قال (والكلب الكردى والاسود في الاصطيداء به اذا كان معلماً كغيره لقوله تعالى تعلمون من مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطيداء بالكلاب الفقهية المسترخية الاذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئاً من السباع حتى جعل يصيد به مثل عتاق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلّم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كمن الفهد في ارضه حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد انه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب . قال (وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا انه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال (قال) وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه (ومنه) انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الىّ فلا اذل له فهذا ينبغي للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره (ومنه) انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره (ومنه) انه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) انه يثب ثلاثاً أو خمساً فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسى فيما أعمله لغيرى وهكذا ينبغي لكل عاقل . قال (واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه واذا شاركك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما - ميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فينقلب الموجب للحرمة وكذلك اورد الصيد عليه حتى أخذه أوردته عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفعلين والبازى في ذلك كالكلب لان فعل ما ليس بمعلم يحرم

الصيد والبازي والكاب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس
 بأكله لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكاب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد
 مأخوذاً بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالاً فاما فعل الكلب الذى لم يرسله صاحبه
 وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذى أرسله المسلم فتتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد
 الموجب للحل والموجب للحرمة . قال (واذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم)
 لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفي البازي الاجابة اذا دعاه فكما ان البازي اذا فر منه وامتنع
 من اجابته لا يكون معلماً فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلماً ويحرم ما عنده
 من صيوده قبل ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يحرم في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله
 من أصحابنا رحمه الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول
 عليه العهد بأن أتى عليه شر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان
 في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلاً على كونه غير معلم في ذلك الوقت وفي
 المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما
 لم يأكل منها للشبع لا للمساك على صاحبه . والظاهر أن الخلاف في الفصلين جميعاً فها
 يقولان قد حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لقرط
 الجوع مع كونه معلماً وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوماً به
 لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلاً حتى قلنا لا يؤكل
 هذا الصيد الذى أكل منه ولا ما يأخذه بعده ما لم يصر معلماً الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد
 مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد
 مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا في بعض ما مضى بأجتهاد
 والحل في الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد
 كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذى أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب
 اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زماناً كالخياطة والرى
 ونحوهما في الآدمى ولما وجب الحكم بكونه جاهلاً في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلماً وانه
 انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعاً وهذا لان الاكل وان كان محتملاً
 ولكن تبين فيه أحد الوجهين بدليل شرعى وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب إلى الاحتياط وعليه
 بيني الحل والحرمة . قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلماً) بأن يصيد به ثلاثاً فلا يأكل
 منها فيحل حينئذ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم
 يؤقت فيه وقتاً ولكن يقول إذا صار عالماً فكل من صيده وكذلك الخلاف في تعليمه في ابتداء
 أمره وعلى قولهما إنما يحصل بأن يجيبه إذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث
 مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتاً ولكنه قال هو مأكول إلى اجتهد صاحبه فإن
 كان أكبر رأيه أنه صار معلماً فهو معلم وربما قال يرجع إلى أهل العلم به من الصيادين فإذا قالوا
 صار معلماً فهو معلم وحجتنا في ذلك أن المعلم بمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا
 يأكل منه إلا أن ترك الأكل قد يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فإذا ترك
 ذلك مراراً على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لا مساكه على صاحبه وقد رونا ذلك
 بالثلاث لأنه حسن الاختيار والأصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال في
 الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال
 عليه الصلاة والسلام إذا استأذن أحدكم ثلاثاً ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله تعالى
 عنه إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليرجع إلى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته
 الاجتهاد والرجوع إلى من له علم في ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم
 لا تعلمون وهذا لأن احتمال الشبع كما يكون في المرة يكون في المرات (وروى) الحسن عن
 أبي حنيفة رحمه الله مثل قولهما في التقدير بالثلاث إلا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول
 يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لأنه إنما حكم بكونه معلماً حين ترك
 الأكل من الثلاث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه وإذا حكمنا بأن
 يمسه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه حل التناول منه كالرابع . قال (وإذا أخذ
 الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فأنهش منه قطعة ورمى بها صاحبها إليه
 فأكلها لم يفسد بها عليه) لأنه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل إلى
 يد صاحبه وبعد ذلك انتهشه منه ومن لم آخر في مخلة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكأن الكلب طالبه بهذه المادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للمساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقي لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لا يحرم الصيد فكذلك هذا . قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسائهم ولا آكل ذبايحهم) ولانهم يدعون لاثنيين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل في الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد ويبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لنير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيما اعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلا أنه غير مقرر علي ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبني على الملة . قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر في الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكه مجوسيا أو مسلما والشرط يقتضي بالفعل والفاعل في الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط . قال (واذا أرسل المجوسي كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فان زجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر في هذا الجنس الى وقت الارسال والرمى فان كان فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما في ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك برده كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل
الاصابة فان كان مجوسيا أو مرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك
اعتباراً بفعل الرمي والارسال هنا بالذبح في الشاة . قال (ولا بأس بصيد اليهودي والنصراني
وذيحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما
هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكور معنى ولا لهم يدعون التوحيد
فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع
ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى
وما أهل لغير الله به فقال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب
الشافعي رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما
لا يؤكل برده وهذا لا يوجد في حق الكتابي وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو
المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم
ذبيحتهم ولكننا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد
نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار
هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابي وان كانت الحرمة في حق المسلم باعتبار هذا
الوصف فكذلك في حق الكتابي (وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال واذا
سمعتهم يذكرون اسم المسيح علي ذبائحهم فلا تأكلوا . قال) فان تهود المجوسى أو تنصر
تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا
يجوز اخباره على العود الى دعوى اثنين واذا كان مقراً على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في
الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً في
الاصل . قال (وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخى مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل
ذبيحته وصيده عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لأبويه واعتبار جانب
أحدهما يوجب الحرمة والآخى يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم
والمجوسى في الاصطياد والذبح وحجتهما في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على
الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يمر به عنه لسانه إما شاكراً وإما كفوراً
فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولان أحد الابوين ممن تحمل ذبيحته فيجمل الولد تابعاً له كما اذا كان أحد الابوين مسلماً
والآخر مجوسياً وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت
بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يرجع الموجب للحظر عند
المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فحملنا الولد تابعاً للكتابي منهما . قال (فأما ذبيحة الصابي)
وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره (وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل
وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم
يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤون الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة
رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلاً وانما يعبدون
الشمس وهؤلاء . كبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق
هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى عندي نظر
فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما
يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويدعون
الكواكب فوقه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم
العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون
بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى أولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمه . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية
فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل
السماك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم قيل الطعام من
السماك ما يوجد فيه ميتاً وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال
صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث أبان بن أبي عياش
رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافي من السمك فلم يره
بأساً واعتبر السمك بالجراد بعله أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب
وحجبتنا في ذلك حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر
عنه الماء فكل وما طفي فلا تأكل ولا يقال هذا نهى اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلي الله عليه وسلم مبينا لاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم حتى قال علي رضي الله تعالى عنه للسماكين لا تبيعوا الطافي في أسواقنا وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه بحرى الاصل برى المماش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجع على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتهيات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيح وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ما يؤكل كل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفي حديث أبي سعيد الخدري رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في سفر فأصابتنا جماعة فألقى البحر لناداة يقال لها عترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقي عندهم شيء فتطعموني وحجتنا في ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستحب غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل كل انسان الماء وهذا تشنع فمرقنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث أبي سعيد رضي الله

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسماك وتأويل الرواية الأخرى
 أنه جوز لهم التناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم
 الخبائث ثم الأصل عندنا في إباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالأخوذ منه
 وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافيء فإن ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس
 بأكلها لوجود السبب وكذلك إن وجد في بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب
 موتها وكذلك إن قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك إن ماتت في جب لأن ضيق المكان
 سبب موتها وكذلك إن جمعا في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر علي أخذها بغير
 صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب وإذا مات السمك في الشبكة وهي لا تقدر
 علي التخلص منها أو أكل شيئا القاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله
 وكذلك لو ربطها في الماء فمات فهذا كله سبب لموتها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال
 عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت
 فأما إذا ماتت بجر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى إحدى الروايتين تؤكل لوجود السبب
 لموتها وفي الرواية الأخرى لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حاراً أو بارداً (وروي) هشام
 عن محمد رحمه الله أنه إذا انحسر الماء عن بعضه فإن كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وإن
 انحسر الماء عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (وإذا أرسل بازيه المعلم
 على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لأن هذا مما لا يستطاع
 الامتناع منه ولأن من عادة البازي هذا أن يقع على شيء وينظر إلى صيد ليأتيه من الجانب
 الذي يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال.
 قال (وإذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم
 يحمل أكله) لأن هذا قد صار أهلياً فقد عجز بالفعل الأول عن الاستيحاش والطيران فذكاه بعد.
 ذلك بالذبح في المذبح لا بالرمي بل الرمي في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة
 والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة ولأن أئمنه إياه كأخذه ولهذا لو أثخنه أحدهما
 وأخذه الآخر فهو للأول ولو أخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك إذا أثخنه وإن رمى بالسهم
 الثاني غيره فقتله لم يحمل أيضاً لما بينا وينرم قيمته مجروحاً للأول في قول أبي يوسف ومحمد
 رحمه الله وأبو حنيفة في هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثاني بفعله ألتف صيداً مملوكاً للاول فيضمن قيمته بالصفة التي ألتفه وانما ألتفه مجروحاً بالجرح الأول وان علم أنه مات من الجراحتين جميعاً فانه يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرح الأول ونصف قيمته لحما ذكياً لان النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لان الثاني أفسد عليه اللحم في ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وان أصابه رمية الثاني قبل أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثاني لم تخرجه من ان يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئاً * واذا كان الصيد يتحمل ويطير مع اصابه من رمية الاول فراه الاخر فقتله فهو للثاني حلال لانه هو الذي أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والاول كالمقر له والثاني كالأخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعاً معاً أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح وأصابه الرميّتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة في الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأخنه ثم أصاب السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لان الرمية من الثاني أصابه وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموته سبب واذا مات السمك بالشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى الصيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك المعتبر وقت الاصابة لان الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمي وعلى هذا لورمى الى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه في ملكه لانه ما أفرخ ليتركه بل ليطيره . بخلاف النحل العسالة اذا

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الأرض لأنها الفت ذلك للترك والقرار في ذلك
الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع في أرض رجل من السيل يكون له . قال (ما لم يحرز
صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب ليحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فإذا
فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ إنما أخذ صيداً مملوكاً فعليه رده على مالكه كمن نصب
شبكة فوق فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد
في أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوق في أرض رجل لا يدرى
من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذي أخذه) لان الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة
صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز
قال (وكل من اصطاد سمكاً من نهر جار لرجل فهو للذي أخذه) لان صاحب النهر ما صار
محرزاً له بل هو صيد في نهره فالحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ
صيداها الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز
الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب
الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليس لا يكون صيداً فإذا صار بفعله بحيث
يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال (واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي
على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسي من
جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسي بيد المسلم فذبح والسكين في يد
المسلم قال (واذا أصاب السهم الصيد فوق على الأرض ومات حل أكله استحساناً) وفي
القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الأرض . وجه الاستحسان أن هذا مما
لا يستطيع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى في الهواء ولا يسقط وان
وقع في ماء أو على جبل ثم وقع منه على الأرض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع في المال أثر
عن ابن مسعود رضي الله عنه وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن
حاتم رضي الله عنه وقد بينا ولان من الجائر أن الماء قتله وهذا يستطيع الامتناع منه
وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الأرض فهذا مترد ومن الجائر أن التردى قتله
وقد قال الله تعالى في جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على
مكاهه الذي يموت عليه يعني وقع على شجرة ثم وقع منها على الأرض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه في الماء ثم وقع في الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سبباً لموته وان وقع على جبل ومات ولو على السطح فمات حل لان الموضع الذي وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضبة المنصوبة وحد الآجر واللبنة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر - وى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفي الاصل قال ان وقع على آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذكر في المنتقى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة - ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفواً لانه لا يستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيداً بسهم فأصاب فر السهم في - ننه فأصاب ذلك الصيد أو غيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمي يذكي لما يصيبه في سنه سواء أصاب صيداً أو صيدين وان عرض للسهم ريح فرده الى ماوراءه فأصاب صيداً لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامي بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمتة أو يسرة حتى اذا أصاب صيداً لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي في سنه فضيه مضاف الى قوة الرامي فأما اذا رده الريح يمتة أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يجب مضي السهم يمتة أو يسرة فيصير مضافاً الى الريح لا الى الرامي وما دام يمضي في جهته فالريح يزيد في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامي وعن أبي يوسف قال وان رده يمتة أو يسرة يحل أيضاً لانه ليس بضد للجهة التي قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يصطاد في يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجراً أو شيئاً آخر فرده فهو ورد الريح - واه في جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ماوراءه بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرمي وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيداً لم يؤكل وتأويل هذا اذا كان الرامي بالسهم الثاني مجوسياً أو لم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمي الي

ذلك السهم فأما اذا كان قصد الثاني الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يردسهما آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامي وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثاني ما جرح الصيد والذي جرح الصيد مارماه الثاني ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة ما لو أصاب السهم قسبة محدودة منصوبة في حائط وأصاب تلك القسبة الصيد بمحدها فجرحته وذلك غير مأكول فهذا مثله . قال (ولا يحل صيد البندق والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح) لانه لم يخرق الا ان يكون شيئاً من ذلك قد حددته وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فاذا كان كذلك وخرقه بمحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسيل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذي يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسيل الدم به فهو في معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بمحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل في تسيل الدم وان حدد مروءة فذبح بها صيداً حل لحصول تسيل الدم بمجد الآلة وفي حديث محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد رضي الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروءة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما . قال (وما توحش من الاهليات حل بنا يحل به الصيد من الرمي) لما بينا من الخبر أن لها أو ابد أو ابد كاو ابد الوحش وقد روى عن محمد في البعير والبقرة اذا أنه في المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه نصيباً له ويخاف فوته وان كان في المصر وأما الشاة اذا مدت في المصر فلا تحل بالرمي لانه يمكنه أخذها في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار واذا مدت خارج المصر تحل بالرمي لانه يخاف فوتها خارج المصر فللعجز عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار . قال (واذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتله حل أيضاً به اذا أدماه ووصلت الرمية الى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسيل الدم قد حصل وكذلك المتردى في بئر لا يقدر على ذكاته فايما وجيء منه فأدماه فهو ذكاة لان المعتبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى في البئر فهو وما ند سواء . قال (وان رى صيداً بسيف فأبان منه عضواً ومات أكل الصيد كله الا ما بان عنه) لقوله عليه الصلاة والسلام ما أين من الحي فهو ميت و مراد رسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه في الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق في المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر في الصيد بعد مامات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقي الصيد حياً فهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون حلالاً كغيره وان كان تعلق منه بمجدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان - واء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أثمر ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ما قطعه نصفين طولاً وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي الرأس فأبانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الوداج من القلب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الوداج فهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزءاً من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه . قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن أدماه لم يؤكل) لان تسهيل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الوداج فانه يؤكل وفي الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان في الذبح * واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة في المذبح فلم يسيل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه يقول لا يحل لا نعدام معنى الذكاة وهو تسهيل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس
 بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللاحيين وقد
 يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم
 يبين ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيد وقد تقدم بيان ذلك. وذكر في جملة ما لا يؤكل
 اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لأن الطباع السليمة تستخبها فيدخل تحت قوله تعالى
 ويحرم عليهم الخبائث. قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جل الماء
 ولا يجوز بيع شيء من ذلك إلا السمك) لأنه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا أن البيع لا يجوز
 إلا فيما هو مال متقوم والمال ما يتول والتقوم به يكون منتفعاً به وسائر حيوانات الماء سوى
 السمك غير ما كول اللحم ولا منفعة لها سوى الأكل فلم يكن مالا متقوماً فإن كان شيئاً له
 ثمن كجلود الحمر ونحوها فبيعه جائز لأن هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز
 بيعه. قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لنهاي النبي عليه الصلاة
 والسلام عن كل ذي مخلب من الطير فأما العقق والسودانية وأشباه ذلك مما لا مخلب
 له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق. قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما
 يكره أكله من ذي الناب) لأن الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد
 وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وإن كان لا يعمل في طيبة اللحم لأن الجلد محل قابل
 لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام إيماناً أهاب دبح فقد طهر فكذلك
 بالذكاة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلاة وتكره لحوم الأبل الجلالة والعمل عليها وتلك
 حالها إلى أن تحبس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة
 وفي رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعتاد أكل الجيف
 ولا تخلط فيتعين لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الأكل لأنه من الخبائث والعمل عليها لتأذي
 الناس بنتنها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا
 بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو أن جدياً غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله
 لأنه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكاً ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل
 الدجاجة وإن كانت تقع على الجيف لأنها تخلط ولا يتغير لحمها ولا يتن و قيل هي تنفث
 الجيف بتنفث الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضي الله عنه يكره أكل الدجاج

لانه يتناول الجيف . ولسنا نأخذ بهذا وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من لحم الدجاج ولو كان فيه أدنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذي روى أنه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير أن يكون ذلك شرطاً في الدجاجة وغيرها مما يخلط وإنما يشترط ذلك في الجلالة التي لا تأكل إلا الجيز وفي الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والأصلح أنها تحبس إلى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لأن الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه إلى اعتبار زوال المضر فإذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب البسوط ﴾

٢	كتاب اللقيطة
١٦	كتاب الالباق
٣٤	كتاب المفقود
٤٩	كتاب الغصب
١٠٨	كتاب الوديمة
١٣٣	كتاب العارية
١٥١	كتاب الشركة
١٧٦	باب شركة المفاوضة
١٨٠	باب بضاعة المفاوضة
١٨٤	باب خصومة المفاوضين فيما بينهما
٢١٦	باب الشركة الفاسدة
٢٢	كتاب الصيد

﴿ تمت فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب البسوط ﴾